



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0035431-32.1988.4.03.6100
(92.03.017269-6)

Apelante: UNIÃO FEDERAL - MEX
Apelada: VIRGÍNIA DE FÁTIMA COIMBRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: Ap 69060
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2018

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal e por Cleonice Aparecida Coimbra contra a sentença de fls. 260/270, corrigida após a interposição de embargos de declaração conforme fls. 325/327, decisões por meio das quais o d. Juízo a *quo*, em ação ordinária ajuizada por Virgínia de Fátima Coimbra, condenou o ente federativo a implantar pensão por morte em favor da autora desde o ajuizamento da ação (21/9/1988), pagando-lhe as prestações atrasadas em rateio com a corré, também beneficiária da pensão militar deixada por Hernanni Fernandes Coimbra, 3º Sargento da Reserva do Exército Brasileiro, valores acrescidos de juros e correção monetária, deferida a antecipação de tutela para imediata implantação do benefício. Vencido, o ente federativo foi condenado, ainda, à verba sucumbencial, arbitrados honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor devido atualizado.

Em suas razões recursais, a União Federal alega, em preliminar de mérito, que ocorreu a prescrição quinquenal do benefício a ser implantado, haja vista o óbito em 10/9/1975 e o ajuizamento da ação em 21/9/1988. No mais, alega que tudo indica que a autora não é filha do militar falecido, pois sua certidão de nascimento foi lavrada por declaração apenas da mãe, em data posterior ao desquite do casal Tereza Coimbra e Hernanni Fernandes Coimbra. Por tal razão afirma que a autora não é dependente habilitada à pensão por morte, não constando como tal na relação de beneficiários declarada pelo falecido nem mesmo constando como filha na certidão de óbito de fl. 07. Assim, pede o provimento de sua apelação, para que a sentença seja reformada e o pedido inicial seja julgado improcedente. Subsidiariamente pede a incidência de juros e correção monetária de acordo com a legislação que entende aplicáveis ao caso dos autos (fls. 285/296).

A corré Cleonice, por sua vez, apela da sentença, afirmando, em síntese, que a decisão é extra petita, uma vez que a autora pleiteia restabelecimento de pensão militar, mas a União Federal fora condenada à concessão inicial do benefício. Acusa, portanto, descumprimento do princípio da congruência, asseverando terem sido alterados pelo julgador o pedido e a causa de pedir, requerendo, assim, o provimento de seu recurso, para que seja anulada a sentença atacada (fls. 330/346).

O processo já havia sido sentenciado em 21 de agosto de 1991, mas foi anulado para que as litisconsortes necessárias, demais beneficiárias da pensão por morte que se pleiteia nestes autos, fossem citadas para integrarem a lide (fls. 116/126 e 153/164), conforme julgamento feito por este E. TRF 3ª Região em 05 de junho de 2001.

Com a informação prestada pelo Exército Brasileiro de que havia apenas uma pessoa habilitada à pensão sub judice, a corré Cleonice Aparecida Coimbra, o feito não teve prosseguir.

mento quanto à filha do militar falecido, Sueli Aparecida Coimbra, e sua companheira, Maria de Lurdes Silva (fls. 165, 207, 215 e 217).

Prolatada nova sentença em 18 de abril de 2006, os autos vieram a esta C. Corte em 19 de dezembro de 2006, para julgamento da apelação interposta pela União Federal (fls. 285/296), mas foi devolvido novamente à 1ª instância, para que a corrê Cleonice fosse devidamente intimada da sentença, o que se deu em 12 de junho de 2007 (fls. 310/311).

Com a devolução dos autos à origem, foram interpostos pela corrê Cleonice os embargos de declaração de fls. 317/323 e, prolatada sentença complementar (fls. 325/327), sobreveio a interposição da apelação de fls. 330/346 pela corrê, conforme já relatado.

Recebidos os autos neste E. TRF 3ª Região em 21 de novembro de 2008, os autos tornaram à 1ª instância, tendo sido o julgamento convertido em diligência, a fim de se realizar exame de DNA, para esclarecimento acerca da paternidade da autora em relação ao militar falecido, conforme despacho datado de 03/8/2011. Após diversas tentativas frustradas ao cumprimento da referida ordem judicial, não sendo possível a realização da prova determinada por este d. Juízo *ad quem* (fls. 468/517), o d. Juízo de origem em 22/8/2012 determinou o retorno dos autos a esta C. Corte para as providências que a relatoria entenda cabíveis (fls. 518/519).

Sem as contrarrazões aos recursos das demandadas, porquanto inerte a autora ainda que intimada a tanto (fl. 403 e seguintes), subiram os autos a est E. Corte.

Recebidos os autos neste E. TRF 3ª Região em 03/12/2012, então, para o julgamento dos recursos de apelação da União Federal e da corrê Cleonice, conforme supra relatado.

É a síntese do necessário.

DECIDO.

De início, cumpre consignar que o Plenário do C. STJ, em sessão realizada em 09 de março de 2016, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado (AgRg no AREsp n. 849.405, 4ª Turma, j. 05/4/16), o que abrange a forma de julgamento nos termos do artigo 557 do antigo Código de Processo Civil de 1973. Nesse sentido restou editado o Enunciado Administrativo n. 02/STJ:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, e tendo em vista que o ato recorrido foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, aplicam-se as normas nele dispostas (Precedentes STJ: 1ª Turma, AgInt no REsp 1.590.781, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 19/5/2016; AgREsp 1.519.791, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16/6/16; 6ª Turma, AgRg no AIRESp 1.557.667, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/5/16; 4ª Turma, AgREsp 696.333, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/4/16).

Passo, pois, a proferir decisão monocrática terminativa, com fulcro no art. 557 do antigo Código de Processo Civil.

Da preliminar de nulidade por sentença “extra petita”

A corrê Cleonice, irmã da autora Virgínia por parte de pai (que é o servidor militar falecido, Sr. Hernanni), sendo ela - Cleonice - nascida de união estável posterior ao desquite do *de cujus* da mãe da demandante, em sua apelação suscita preliminar no sentido de que a sentença é *extra petita*, haja vista que foi pleiteada a “restauração” do benefício, mas a sentença determinou a “implantação” da pensão.

Diz a petição inicial que a autora, Virgínia, por meio da certidão de nascimento de fl. 05, comprovou que nasceu em 14/7/1955 e é filha do 3º Sargento da Reserva do Exército Brasileiro, falecido em 10/9/1975. Assim, pleiteia o recebimento de pensão por morte, na condição de filha menor de 21 (vinte e um) anos à data do óbito. Naquela petição inicial, a autora alegou que a União Federal interrompeu os pagamentos do benefício, mas verificou-se nos autos que, na realidade, a ela nunca foi pago referido benefício.

Todavia, a simples narrativa equivocada dos fatos na exordial, quando não impede a defesa das partes demandadas nem induz a erro o juízo sentenciante, não caracteriza o vício alegado pela corré.

A narrativa da inicial de fato pede o *restabelecimento* da pensão, mas os próprios documentos juntados com a inicial e a contestação da União Federal dão conta de que a parte autora nunca recebeu o benefício e, portanto, pretende, com o ajuizamento desta ação, em substância, a *concessão* da pensão militar decorrente da morte de seu pai.

É translúcido, pois, que a pretensão da autora ao mover a ação sempre foi a de que lhe fosse reconhecido o direito a receber a pensão militar de seu falecido pai como uma de suas beneficiárias.

A mera distinção formal entre os termos “restabelecimento” e “implantação” ou “concessão” não é suficiente à anulação da sentença, mormente porquanto, como já relatado, a narrativa da petição inicial, os documentos juntados pelas partes, o regular trâmite processual e o provimento final do pedido deram-se de modo a respeitar a ampla defesa, o contraditório, sem qualquer prejuízo à defesa quanto à questão jurídica controvertida, portanto, não caracterizado o transbordamento do pedido ou qualquer malferimento ao princípio da congruência, de modo diverso do que alega a parte autora.

Rejeito, portanto, esta preliminar.

DO MÉRITO

Da prescrição

Superada a preliminar posta pela demandada em sua apelação, nego seguimento ao recurso da irmã da autora e passo à análise da apelação interposta pela União Federal.

O que se debate nestes autos é o direito da autora à pensão por morte deixada por Hernanni Fernandes Coimbra, 3º Sargento reformado do Exército Brasileiro, falecido em 10/9/1975 (fl. 07).

O ente federativo, em suas razões de apelação, suscita a prescrição do direito invocado pela parte autora. A preliminar de mérito não merece, todavia, acatamento. Senão, vejamos.

Acerca do direito à pensão por morte, o C. STJ editou a Súmula n. 340, *in verbis*:

Súmula n. 340/STJ: A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

Firmou-se, portanto, orientação no sentido de se declarar que a norma aplicável é a vigente à época do óbito de seu instituidor, ou seja, do falecimento do militar.

A morte do instituidor do benefício ocorreu em 10/9/1975, portanto sob a vigência da Lei n. 3.765/60, afastada do caso dos autos a aplicação da Lei n. 8.059/90. Assim, deve-se apreciar a questão tratada nos autos sob a égide da lei vigente à data da morte do militar, conforme segue.

Acerca do tema dispunha o art. 28 da referida Lei n. 3.765/60, *in verbis*:

Art. 28. A pensão militar pode ser requerida a qualquer tempo, condicionada, porém, a percepção das prestações mensais à prescrição de 5 (cinco) anos.

De tal modo, ajuizada a ação em 21/9/1988, sem comprovação de ter havido requerimento administrativo do benefício, estariam prescritas as parcelas anteriores a 21/9/1983, não ocorrendo, portanto, a prescrição do fundo de direito invocada pelo ente apelante, conforme a Súmula n. 85/ C.S STJ e jurisprudência que segue:

Súmula n. 85/STJ - Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. (...). POLICIAL MILITAR. (...). PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ.

1. (...).

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, inexistindo manifestação expressa da Administração Pública negando o direito reclamado, não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, ficando caracterizada relação de trato sucessivo (Súmula 85 do STJ). Precedentes: AgInt no AREsp 934.784/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/4/2017; AgInt no AREsp 932.427/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 7/12/2016; AgRg no AgRg no AREsp 602.228/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/10/2015; AgRg no AREsp 714.128/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 21/8/2015.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, 1ª Turma, AgReg no AgReg no Ag no REsp 713.348, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 15/8/2017)

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO MORTO EM SERVIÇO. PENSÃO MILITAR. ART. 7º, II, LEI Nº 3.765/60. TRATO SUCESSIVO. (...).

1 - A relação em comento é de trato sucessivo, que se renova no tempo, o que enseja não só a incidência da prescrição apenas quanto às parcelas anteriores ao prazo prescricional de cinco anos, a contar do ajuizamento da demanda, mas também o afastamento, desde logo, da prescrição de fundo de direito. Os vencimentos, proventos e pensões, tanto de natureza previdenciária quanto estatutária, caracterizam-se por serem irrenunciáveis e imprescritíveis, podendo ser requeridos a qualquer tempo. Trata-se de entendimento consagrado pela Súmula 85 do STJ.

2 - (...).

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApelReex 2.032.783, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 23/8/2016)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE. (...).

I - Sendo de trato sucessivo a relação posta nestes autos, não há prescrição do fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao prazo prescricional de cinco anos, contado da propositura da demanda, tendo em vista que os vencimentos, proventos e pensões, tanto de natureza previdenciária quanto estatutária, caracterizam-se por serem irrenunciáveis e imprescritíveis, podendo ser requerido a qualquer tempo.

II - (...).

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, Ac 1.298.987, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 03/6/2008)

Ademais, a sentença fixou como data de início do benefício, a data de ajuizamento da ação e, não tendo a parte autora recorrido da DIB (nem mesmo o fizeram as demandadas), não pode esta Corte alterar a data de início do benefício e, assim, não há que se falar em prescrição.

Do requisito de dependência - filiação

Passo, pois, à análise do preenchimento dos requisitos legais à implantação da pensão por morte em favor da autora tal como determinado na sentença, frente às demais razões recursais apresentadas pela União Federal.

O ente federativo afirma que da certidão de óbito do militar não constou a demandante como sendo sua filha, bem como não há, nos registros administrativos do militar, indicação de Virgínia de Fátima Coimbra como sendo sua dependente econômica. Desse modo, ausente a designação prévia imposta por lei, sem comprovação de que a autora seja filha do falecido, o benefício foi implantado somente em favor da filha e corré Cleonice Aparecida Coimbra, nos termos do referido registro de falecimento de fl. 07.

Quanto à designação prévia de dependente nos cadastros do militar, em que pese a referida imposição legal, sendo, inclusive, dever do militar fazer tal indicação, a questão está há tempos pacificada na jurisprudência. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. (...). PENSÃO POR MORTE INSTITUÍDA POR SERVIDOR PÚBLICO. ART. 217, II, d DA LEI 8.112/90. (...). PRÉVIA DESIGNAÇÃO DE DEPENDENTES. FORMALIDADE QUE PODE SER SUPRIDA POR OUTROS MEIOS IDÔNEOS. PRECEDENTES DO STJ. (...).

1. (...).

2. Nos termos do art. 217, II, d da Lei 8.112/90, é beneficiário da pensão por morte a pessoa designada que viva na dependência econômica do Servidor, até 21 anos.

3. A designação representa, tão-somente, o aperfeiçoamento de um ato de vontade, trata-se de uma formalidade que visa facilitar e abreviar os trâmites burocráticos para o pagamento da pensão por morte, não podendo ser encarada como condição determinante, sob pena de perpetrar injustiças insuperáveis em relação àqueles que por desatenção, desídia ou mesmo ignorância deixam de formalizar nos assentamentos funcionais o registro dos dependentes.

4. A jurisprudência desta Corte firmou a orientação de que a ausência de ato formal de designação pode ser suprida por outros meios idôneos capazes de demonstrar o desejo do Servidor de instituir dependente como beneficiário da pensão.

5. Preenchidos os requisitos do art. 217, II, d da Lei 8.112/90, uma vez devidamente comprovada a menoridade e a dependência econômica, é de rigor o restabelecimento da pensão por morte instituída pelo Servidor Público falecido em proveito dos netos, que anteriormente eram mantidos pelo avô por meio de pensão alimentícia.

6. (...).

(STJ, 1ª Turma, AgReg no REsp 1.362.822, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09/4/2013)

(...). ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. PESSOA SOB DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO SERVIDOR (...). FILHO INVÁLIDO. (...). COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA. DESIGNAÇÃO POR PARTE DA INSTITUIDORA. DESNECESSIDADE. (...).

1. (...).

5. Não há que se falar na necessidade designação da apelada, por parte de sua mãe, como beneficiária da pensão, na hipótese do caso concreto, eis que o próprio texto legal define os filhos inválidos como beneficiários da pensão por morte.

6. (...).

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AC 1.945.746, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, j. 21/6/2016)

Superada a obrigatoriedade dessa formalidade legal, passamos à análise da prova no que se refere à dependência econômica da autora em relação ao militar falecido, para fins de concessão da pensão militar ora discutida.

Para adequada identificação do julgamento a ser feito, é preciso consignar que nestes autos o que se debate não é, propriamente, a paternidade do servidor falecido em relação à autora, ou seja, não se trata aqui de ação de investigação de paternidade.

O objeto desta ação é apenas o direito à pensão militar alegado na inicial, cujos pressupostos devem ser demonstrados nos autos pelos meios de prova admissíveis em Direito, sendo que somente se os elementos probatórios dos autos se mostrassem carecedores de força a respeito do requisito legal da filiação, ou mesmo se houvesse dúvida razoável sobre a prova de filiação apresentada, é que se poderia determinar que a questão fosse dirimida pelo juízo cível competente, caso em que se trataria de uma questão prejudicial e deveria a ação permanecer suspensa no aguardo da solução daquele juízo cível a respeito desta questão de estado civil da pessoa.

Esta não é, contudo, a situação deste processo, que pode ser resolvido à luz da prova trazida aos autos.

Com efeito, para comprovar sua dependência econômica em relação ao *de cujus* a autora juntou aos autos a via original de sua certidão de nascimento (fl. 05), da qual consta Hernanni Fernandes Coimbra como sendo seu pai, tendo como declarante sua mãe.

Embora a União Federal, em primeira instância e em suas razões recursais, bem como a corré Cleonice, perante o d. Juízo de origem, insurjam-se contra a paternidade declarada na certidão de nascimento da autora, fato é que não há nestes autos qualquer prova de que referido documento seja nulo, falso ou inválido.

A União Federal não tem legitimidade para contestar a paternidade da autora nem demonstrou qualquer indício de nulidade, falsidade ou invalidade do documento público que a apelada apresentou para a comprovação de que é filha do militar falecido.

Por outro lado, não há qualquer notícia de que os demais filhos do militar, cujos nomes constam no registro de óbito de fl. 07, sendo eles: Hernani Fernandes Coimbra Junior, Edimir Fernandes Coimbra, Sueli Fernandes Coimbra e a corré Cleonice Aparecida Coimbra, tenham ajuizado ação judicial que discuta a paternidade da autora.

Da mesma forma não há notícia alguma nos autos de que o militar, desquitado da mãe da autora desde 30/4/1957 (fl. 06), tenha ajuizado ação investigativa e/ou negatória da paternidade declarada em sua certidão de nascimento.

No caso dos autos é importante destacar que, nascida a autora em 14/7/1955 e registrada em 30/3/1956 (fl. 05), a sua concepção, gestação e nascimento ocorreram na constância do casamento, pois o desquite entre o servidor e a mãe da autora foi decretado por sentença judicial aos 30/4/1957 (fl. 06).

Assim, é inegável que o militar, ex-marido da mãe da autora, até por prova material nos autos, consistente na audiência de desquite, em que a esposa se apresentava gestante, tinha plena ciência da gravidez e, como ressaltado, não se insurgiu, em momento algum, desde o registro do nascimento do bebê até a data da sua morte, em 10/9/1975 (fl. 07) contra a paternidade da criança. Transcorreram, portanto, quase 20 (vinte) anos desde o registro de nascimento da autora até o óbito do militar sem que o declarado pai tenha se insurgido contra a paternidade declarada por sua ex-mulher.

Desse modo, ainda que o registro de nascimento tenha como declarante apenas a mãe,

esse fato por si só não é suficiente a colocar em dúvida a paternidade da autora, porquanto declarada por meio de documento público, que goza de fé pública e presunção de veracidade, não havendo qualquer vedação legal à declaração unilateral feita por mulher casada, como no caso dos autos, ainda que o casal estivesse supostamente separado de fato. Ao contrário disso, há previsão na Lei de Registros Públicos que prevê a possibilidade de declaração unilateral feita pelo pai ou pela mãe (arts. 52, item 2, e 109, ambos da Lei n. 6.015/73)

Acerca do tema dispunha o art. 347 e seguintes do CC/1916, vigente à data do óbito do militar, *in verbis*:

Art. 347. A filiação legítima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil. (Revogado pela Lei nº 8.560, de 1992).

Art. 348 - Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registo de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registo (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 5.860, de 1943).

Art. 349. Na falta, ou defeito do termo de nascimentos poderá provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito:

I - Quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjuntas ou separadamente.

II - Quando existem veementes presunções resultantes de fato já certos.

Art. 350. A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz.

Art. 351. Se a ação tiver sido iniciada pelo filho, poderão continua-la os herdeiros, salvos se o autor desistiu, ou a instância foi perenta.

CAPÍTULO III

DA LEGITIMAÇÃO

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho (art. 229).

Desse modo, não há qualquer prova que ponha em dúvida o registro de nascimento da autora, bem como a ação que discute pensão por morte de militar não se presta à discussão de paternidade, destacando-se, ainda, que a desconstituição da certidão de nascimento apresentada como prova de filiação só pode ser feita por meio de ação judicial própria.

Assim, seja em razão de a autora ter sido concebida, gestada e nascida na constância do casamento, datando o desquite de 30/4/1957, bem como de não ter sido suscitada dúvida pelo militar acerca do registro de nascimento e, ainda, de referido documento ser válido ante a ausência total de provas de sua nulidade, falsidade ou invalidade, gozando de fé pública e presunção de veracidade, considero totalmente válida a prova da filiação apresentada pela autora à fl. 05 destes autos.

Acertada, portanto, a sentença, no que se refere ao reconhecimento da paternidade declarada em documento público plenamente válido, bem como acertada a decisão de fls. 518/519, prolatada pelo d. magistrado sentenciante, que dispensou a realização de exame de DNA nestes autos, para fins de se corroborar a paternidade, uma vez que, com base no referido documento, já fora comprovada pela autora.

E nesse exato sentido colaciono aos autos a seguinte jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA E MENOR DE SERVIDOR PÚBLICO FALECIDO. AÇÃO NA JUSTIÇA COMUM PENDENTE. APELAÇÃO PROVIDA.

I - Nos termos do art. 1.603 do Código Civil: “a filiação prova-se pela certidão, do termo de

nascimento registrada no Registro Civil”.

II - Da análise dos autos, verifica-se que *foi apresentada certidão de nascimento onde consta o falecido segurado como genitor* de Cristiane Costa de Lima. Contudo, *há ação em curso na Justiça Comum Estadual que pretende desconstituir a paternidade assegurada na referida certidão*.

III. Tal ação, porém, não transitou em julgado, sendo aguardado ainda o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

IV - Apelação provida, para que a decisão do Juízo *a quo* seja anulada e o processo suspenso. (STJ, decisão monocrática que manteve o aresto acima ementado, anulando a sentença proferida na pendência de ação desconstitutiva de paternidade, ajuizada na Justiça comum, REsp 1.373.752, Rel. Min. Sérgio Kukina, integrante da 1ª Turma, j. 05/11/2015 - destaquei)

(...) - FILIAÇÃO CONTESTADA PELOS IRMÃOS - REGISTRO DE NASCIMENTO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE PELOS CO-HERDEIROS - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA FUNDADA EM ERRO OU FRAUDE (ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL) - (...).

Trata-se de medida cautelar inominada, proposta com o intuito de se determinar a indisponibilidade dos bens imóveis objeto do inventário de Francisco Reinaldo de Moura, tendo em vista a omissão na indicação do autor, como herdeiro, nos autos do procedimento de arrolamento. Processo extinto, sem o julgamento do mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa. Provimento mantido em sede de apelação.

1. (...).

2. Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, “*A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.*” Assim, *o estado de filiação se comprova por meio da certidão de nascimento devidamente registrada no Registro Civil*, a qual, na hipótese em tela, evidencia a legitimidade ativa do recorrente, enquanto herdeiro do pai registral, para o ajuizamento da ação anulatória de partilha, assim como da medida cautelar inominada - que visa à determinação de indisponibilidade dos bens imóveis.

2.1. *A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro.*

2.2. (...).

(STJ, 4ª Turma, REsp 1.128.539, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 18/8/2015 - destaquei)

(...). CERTIDÃO DE NASCIMENTO. FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. TESTE DE DNA. DESNECESSIDADE.

1. Agravo de Instrumento manejado contra a decisão que deferiu o pedido de *realização do exame de DNA*, para que pudesse ser determinado o estado de filiação da Autora/Agravante, relativamente ao de cujus, por ser prova imprescindível para a elucidação da questão.

2. *Há nos autos fl. 61- Certidão de Nascimento, emitida pelo Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais figurando como filha do já falecido Joaquim Geraldo Mendes Rocha, a menor Ana Carolina Rangel Rocha, ora Agravante, sendo que o próprio genitor foi o declarante da paternidade.*

3. *Desnecessária a produção da prova deferida no Juízo monocrático (realização do exame de DNA), uma vez que a referida Certidão de Nascimento é documento que usufrui de fé pública, caracterizado pela presunção juris tantum de veracidade, com informações prestadas pelo Oficial de Registro de Nascimento e Óbito, que guarda equidistância dos interesse privados das partes, podendo ser elidida, somente, por documento que substitua tal declaração, o que, no caso, não figura nos autos.* Agravo de Instrumento provido.

(STJ, decisão monocrática que manteve o aresto acima ementado, dispensando a realização

de teste de DNA diante da apresentação de certidão de nascimento como prova de filiação, AgReg no REsp 294.549, Rel. Min. Regina Helena Costa, integrante da 1ª Turma, j. 05/11/2014 - destaquei)

ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. EXPULSÃO. FILHA BRASILEIRA RESIDENTE NO PAÍS. (...).

1. (...).

2. Os documentos que instruem a presente demanda indicam que o paciente tem filha brasileira, nascida em 12.1.1999 (certidão de nascimento à fl. 24), constando dos autos declaração da genitora, afirmando veementemente a existência de vínculo afetivo e financeiro entre pai e filha. (...).

3. (...).

5. A União traz afirmação gravíssima, no sentido de que a genitora teria afirmado, no bojo do inquérito de expulsão, “que o nominado não é pai biológico da menor que alega ser sua filha, além de que declara também que firmou acordo com o nacional italiano, para que o mesmo registrasse a menor na qualidade de genitor, oferecendo em contrapartida determinada remuneração” (fls. 155 e 165).

6. (...).

7. *Ocorre que a afirmação da genitora no citado depoimento não tem o condão de afastar a presunção de veracidade em favor da certidão e do assentamento no registro público, que, ao que consta, jamais foi retificado ou infirmado em sentença judicial.*

8. Essa presunção afasta também a alegação de inviabilidade do writ por suposta necessidade de dilação probatória. *As provas podem ser necessárias em demanda distinta, cujo objeto seja eventualmente a retificação do assentamento.*

9. (...).

11. *Eventual retificação do assentamento ou reconhecimento judicial de que o paciente não é pai da criança configuraria fato novo autorizador da expulsão, sem prejuízo da sanção penal eventualmente cabível, caso tipificada a fraude suscitada pelo MPF.*

12. *Habeas Corpus* concedido.

(STJ, 1ª Seção, HC 228.030, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/6/2012 - destaquei)

(...). MILITAR. PENSÃO. FILIAÇÃO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO. ART. 52 DA LEI 6.015/73. INTELIGÊNCIA DO ART. 109 DA LEI COMENTADA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. FÉ PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO REGISTRO CIVIL. RECURSO IMPROVIDO.

I - (...).

II - Relativamente à insurgência da autora, seu inconformismo procede. Afirma ser filha do ex-combatente da Marinha Brasileira, João Santana, e de Sebastiana Rosa Santana; que em virtude da morte de seu pai, ela e suas irmãs pleitearam administrativamente o benefício de pensão por morte; que o benefício foi prontamente deferido para suas três irmãs, sendo-lhe indeferido por ausência de comprovação da condição de filha do militar falecido; que propôs judicialmente o reconhecimento de sua filiação, sendo indeferido seu pleito em virtude de já haver comprovação pela certidão de nascimento lavrada no registro civil, documento dotado de fé pública.

III - Ao julgar improcedente a ação, o Juízo de primeiro grau considerou a inexistência de declaração do falecido sobre a paternidade da autora, tendo em vista que a declaração no registro civil foi feita apenas por sua genitora. No entanto, não obstante a bem lançada fundamentação do Juízo, entende-se que os documentos apresentados pela autora são suficientes à comprovação de sua filiação.

IV - *A teor do artigo 52 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), são obrigados a fazer declaração de nascimento (2º item), “em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste*

caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco dias.”

V - *Compulsando os autos vê-se que a declaração de filiação foi feita pela mãe da autora, restando que a confirmação caberia ao pai no prazo que lhe assistia. Tendo em conta que não há no referido documento averbação em sentido negativo sobre a filiação paterna, o registro de nascimento apresentado é de ser aceito como verdadeiro.*

VI - *Por se tratar de documento emitido por quem possui fé pública em suas declarações (oficial do registro civil), a certidão do registro de nascimento da autora goza de presunção juris tantum, somente podendo ser desconstituída por erro ou falsidade que a torne nula. Inteligência do artigo 109 da lei comentada.* Nesse mesmo sentido são os julgados que portam a seguinte ementa: (AC 96.01.08192-5/MG, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, Primeira Turma do TRF 1ª Região, DJ de 18/01/2001 P.02); (TRF/1 - REO 199901000483356 - DJ 17/06/2004 - Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Simões - 2ª T SUPL); (TRF/2 - AG 200502010058053 - DJU 24/11/2004 - Rel. Des. Fed. Reis Friede - 7ª T Esp); (TRF/3 - AC 199903990932764 - DJU 13/08/2002 - Rel. Juiz Fed. Conv. Batista Gonçalves - 1ª Turma); e (TRF/5 - AG 200905000281195 - DJE 28/09/2009 - Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano - 3ª Turma). VII - *Dessa forma, reconhece-se a filiação da autora em relação ao militar falecido, senhor João Santana, razão porque fica declarada nesta sede, afastada qualquer decisão em sentido contrário.*

VIII - (...).

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 1.723.315, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 09/9/2014 - destaquei)

(...) - PENSÃO POR MORTE - (...) - CERTIDÃO DE NASCIMENTO - VALIDADE - (...).

I - (...).

VI - *A certidão de nascimento da requerente Luciene Pinto Ferreira é prova suficiente de sua filiação e dependência econômica em relação ao falecido, eis que goza de presunção de veracidade e fé pública, sendo que a lei prevê a hipótese da mãe ser a declarante (art. 52, item 2, da Lei nº 6.025/73).*

VII - (...).

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AC 571.092, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, j. 30/3/2004 - destaquei)

(...). PENSÃO POR MORTE. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. (...).

1- *A certidão de nascimento possui presunção juris tantum, e fé pública, sendo apta para a comprovação da paternidade da requerente.*

2- *A nulidade da certidão de nascimento, somente poderá ser declarada judicialmente.*

3- *É arbitrário e ausente de qualquer fundamentação legal o indeferimento administrativo da pensão por morte à autora, menor de idade, por parte do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sob o argumento de impossibilidade do falecido segurado ser seu genitor.*

4- (...).

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AC 767.657, Rel. Des. Fed. Roberto Haddad, j. 16/4/2002 - destaquei)

(...). FILIAÇÃO. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. FÉ PÚBLICA.

1. A lei de registros públicos no seu artigo 52, item 2, permite que a mãe seja a declarante do nascimento do filho, com o que gera presunção de veracidade, pela fé pública que porta o ato lavrado por oficial público.

2. Ademais, há nos autos indícios veementes que apontam os autores como filhos do “de cujus”.

3. A Constituição Federal não distingue a condição jurídica de filhos havidos fora do casamento.

4. *O fato de a mãe dos apelados ter deixado o convívio com o falecido, não é circunstância*

impeditiva ao reconhecimento da paternidade, que é reconhecida até mesmo pelos outros filhos do “de cujus”.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AC 535.441, Rel. Juiz Fed. Conv. Batista Gonçalves, j. 25/3/2002 - destaquei)

ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. (...). LEGITIMIDADE FILIAÇÃO. FÉ PÚBLICA CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM.

1. “A pensão militar pode ser requerida em qualquer tempo, condicionada porém, a percepção das prestações mensais à prescrição de 5 (cinco) anos.”.

2. *Negar valor a Certidão de Nascimento, importa em não prestar fé a documento público.*

3. *A invalidade de documento público exige produção de prova em contrário, e muito mais que isto, que dita prova seja apta a elidir a presunção de veracidade e legitimidade que a Lei lhe confere.*

4. Presentes as condições da concessão de pensão militar e sua consequente reversão a única filha sobrevivente.

(TRF 4ª Região, 3ª Turma, AC 95.04.57129-8, Rel. Des. Fed. Luiza Dias Cassales, j. 15/5/1997)

(...). CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. FILHA. COMPROVAÇÃO. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. FÉ PÚBLICA.

- (...).

- “A certidão de nascimento da requerente Luciene Pinto Ferreira é prova suficiente de sua filiação e dependência econômica em relação ao falecido, eis que goza de presunção de veracidade e fé pública, sendo que a lei prevê a hipótese da mãe ser a declarante (art. 52, item 2, da Lei nº 6.025/73).” (TRF3ª, AC 571092, Rel. Juiz Sérgio Nascimento, DJU 28/05/04).

- (...).

(TRF 5ª Região, 2ª Turma, AC 436.898, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, j. 1º/9/2009)

No que se refere aos requisitos à concessão da pensão militar pretendida pela parte autora, o art. 7º da Lei n. 3.765/60 assim dispõe:

Art. 7º A pensão militar defere-se na seguinte ordem:

I - à viúva;

II - aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;

III - aos netos, órfãos de pai e mãe, nas condições estipuladas para os filhos;

IV - à mãe viúva, solteira ou desquitada, e ao pai inválido ou interdito;

IV - à mãe, ainda que adotiva, viúva, solteira ou desquitada, e ao pai, ainda que adotivo, inválido ou interdito; (Redação dada pela lei nº 4.958, de 1966)

V - às irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como aos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos;

VI - ao beneficiário instituído, desde que viva na dependência do militar e não seja do sexo masculino e maior de 21 (vinte e um) anos, salvo se for interdito ou inválido permanentemente.

§ 1º A viúva não terá direito à pensão militar se, por sentença passada em julgado, houver sido considerada cônjuge culpado, ou se, no desquite amigável ou litigioso, não lhe foi assegurada qualquer pensão ou amparo pelo marido.

§ 2º A invalidez do filho, neto, irmão, pai, bem como do beneficiário instituído comprovar-se-á em inspeção de saúde realizada por junta médica militar ou do Serviço Público Federal, e só dará direito à pensão quando não disponham de meios para prover a própria subsistência.

Dessa forma, a autora comprovou, por meio da certidão de nascimento de fl. 05, con-

forme até aqui fundamentado, ser filha do militar falecido. Como contava, à data do óbito, com menos de 21 (vinte e um) anos, sendo pessoa solteira, faz jus, nos termos do art. 7º, II, da Lei n. 3.765/60, e, não havendo recurso das partes quanto à DIB, mantenho-a tal como determinado na sentença apelada.

Considerando a entrada em vigor da Lei n. 11.960/09, de 30 de junho de 2009, a atualização monetária do débito judicial e a incidência de juros de mora devem obedecer aos critérios estabelecidos no novo regramento legal, dispondo que “nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”, já que cuida a espécie de norma de natureza processual tendo, destarte, incidência imediata ao processo. Isso porque, segundo entendimento do C. STF, adotado no julgamento do RE 559.445, as normas que disciplinam os juros moratórios possuem natureza processual (instrumental) e devem ser aplicadas aos processos em curso seguindo a mesma sistemática da correção monetária, que impõe a incidência dos percentuais previstos na lei específica vigente à época do período a ser corrigido. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. CABO DA MARINHA. (...). JUROS MORATÓRIOS. NATUREZA MATERIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. (...).

8. “A Corte Especial, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.205.946/SP, pelo rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil (Recursos Repetitivos), consignou que os juros de mora são consectários legais da condenação principal e possuem natureza eminentemente processual, razão pela qual as alterações do art. 1º-F da Lei 9.494/97, introduzidas pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 e pela Lei 11.960/09, têm aplicação imediata aos processos em curso, com base no princípio *tempus regit actum* (cf. Informativo de Jurisprudência n. 485)” (AgRg no AREsp 68.533/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 9/12/11).

9. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “tratando de condenação imposta à fazenda pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, os juros de mora incidirão da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º Decreto nº 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei nº 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009” (REsp 937.528/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 1º/9/11).

10. (...).

11. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 1ª Turma, REsp 1.215.714, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12/6/2012)

Aplicam-se, pois, juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/87, no período anterior a 24/8/2001, data de publicação da Medida Provisória n. 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/97; percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da MP n. 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960, de 30/6/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97; e percentual estabelecido para caderneta de poupança a partir da Lei n. 11.960/2009, quando a atualização do débito deve ser feita pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC/73, *NEGO SEGUIMENTO* à ape-

lação da corré Cleonice Aparecida Coimbra e, com fundamento no §1º-A do mesmo dispositivo legal, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação da União Federal, apenas para adequar os consectários legais incidentes sobre o valor devido à legislação e jurisprudência aplicáveis ao caso dos autos, mantida no mais a sentença analisada, tudo nos termos da fundamentação.

Observadas as cautelas e formalidades legais, bem como respeitados os prazos recursais, remetam-se os autos à Vara de origem, dando-se baixa na distribuição.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 26 de abril de 2018.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO

APELAÇÃO CÍVEL
0709201-10.1996.4.03.6106
(2007.03.99.039348-7)

Apelante: SEBO SOL LTDA. E DEPARTAMENTO NACIONAL ESTRADAS RODA-
GEM - DNER

Apelados: JOSÉ ROBERTO FERRARI E OUTRO(A)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: Ap 1232656

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRANSITO. DNER. UNIÃO FEDERAL. SUCESSORA. EVENTO DANOSO E ATO LESIVO. CONFIGURADOS. NEXO DE CAUSALIDADE. DEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA SEBO SOL LTDA. CONFIGURADA. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente de trânsito narrado na inicial, ocorrido em 10/09/1995, que teria causado vários ferimentos aos autores e avarias em seu veículo, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais e materiais.

2. De plano há que se reconhecer que o fato danoso (acidente de trânsito) efetivamente ocorreu e em razão disso que os réus sofreram os ferimentos alegados e comprovados na inicial, bem como as avarias em seu veículo. Portanto, incontroverso o nexo de causalidade entre o evento danoso e o resultado dano.

3. É incontestado o fato de que a existência de inúmeros detritos na pista da Rodovia BR 153, sentido Onda Verde/SP - São José do Rio Preto/SP, conforme consta da prova técnica, Laudo Pericial do Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, contribuiu para a ocorrência do acidente.

4. E essa constatação da área técnica evidencia a responsabilidade objetiva da administração pública, que tem o dever legal de manter as rodovias de todo país em perfeito estado de conservação, de utilização e com a devida e correta sinalização (Decreto-Lei nº 512, de 1969 e Lei nº 9.503, 1997).

5. Os peritos do Instituto de Criminalística afirmam, no laudo, que com o veículo estava tudo bem, que também não foi verificado nenhum problema com o motorista que conduzia o veículo, mas “que 60,00 metros antes, a existência de resíduos de couro e gordura no asfalto, podem ter contribuído para a desgovernabilidade do veículo” (fl. 18), situação a caracterizar, indiscutivelmente, a responsabilidade objetiva da administração pública que têm, como já foi dito, o dever não só de manter as rodovias sinalizadas e em bom estado de conservação, mas em condições de tráfego seguro (§2º do art. 1º da Lei nº 9.503, de 1997), devendo, para tanto, exercer o seu dever de fiscalização.

6. É dever de todo o usuário das rodovias “abster-se de obstruir o trânsito ou torná-lo perigoso, atirando, depositando ou abandonando na via objetos ou substâncias...”

(inciso II do art. 26 da Lei nº 9.503, de 1997).

7. A responsabilidade objetiva da empresa ré está configurada, cabia a ela demonstrar que sua conduta, no meio de transporte desses resíduos, está em conformidade com as normas de segurança, de forma a impedir que esses detritos caíssem pela rodovia. O risco de transportar resíduos de sebo, banha, animal pelas rodovias é atividade que envolve um risco altíssimo de provocar acidentes, pois, até o simples calor pode promover o derretimento e a vazão de banha líquida na pista o que equivale ao vazamento de óleo na rodovia.

8. Nega-se provimento à apelação da União Federal e da Sebo Sol Ltda., para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

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 da União Federal e da Sebo Sol Ltda., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações interpostas por SEBO SOL LTDA. e pela UNIÃO FEDERAL, na condição de sucessora do DNER contra a r. sentença de parcial provimento proferida nos autos de ação de indenização, por danos morais e materiais.

JOSÉ ROBERTO FERRARI e UBIRAJARA RAIA ajuizaram ação de indenização c/c perdas e danos e lucros cessantes, em face de SEBO SOL LTDA. e do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem DNER. Em síntese, alegaram que a culpa por acidente automobilístico que sofreram em 10 de setembro de 1995 coube ao motorista da firma SEBO SOL LTDA., que transportava excesso de carga, deixando cair na rodovia sebo, gorduras, couros e outros resíduos, e ao DNER, em permitir a circulação do veículo sem as devidas cautelas. Requereram a procedência da ação, para condenar os requeridos ao pagamento dos danos causados, corrigidos monetariamente, acrescidos de juros e lucros cessantes.

Às fls. 54/55, relatório da Audiência de Conciliação realizada aos 26 de novembro de 1996, na sala de audiências da 3ª Vara Cível da comarca de São José do Rio Preto. Acolhida a exceção arguida no corpo da contestação e determinada a remessa dos autos a uma das Varas da Justiça Federal da cidade.

Às fls. 56/69, contestação de SEBO SOL LTDA. Às fls. 80/85, contestação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem DNER. Oitiva de testemunhas às fls. 112/116, 122/128 e 144/146. Às fls. 149/153, 154/157 e 166/168, alegações finais de JOSÉ ROBERTO FERRARI, SEBO SOL LTDA. e do DNER, respectivamente. Nova oitiva das testemunhas Marcio Rogério Sacomano e José Carlos Santana, às fls. 169 e 228/229. Novos memoriais às fls. 252/254, 255/259 e 263/264.

Às fls. 289/297, a r. sentença, a teor do artigo 269, inciso I do CPC/1973 julgou parcial-

mente procedente o pedido exposto na petição inicial, condenando a SEBO SOL LTDA. e o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem DNER a: a) ressarcir ao autor José Roberto Ferrari a importância de R\$ 4.272,00 (quatro mil duzentos e setenta e dois reais), sendo R\$ 3.752,00 (três mil setecentos e cinquenta e dois reais), devidos pelas avarias constatadas no veículo sinistrado; R\$ 170,00 (cento e setenta reais), a título de ressarcimento pelas despesas médicas (fls. 27), e R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), a título de lucros cessantes, corrigidos monetariamente desde o ajuizamento da ação, acrescidos de juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, contados a partir da citação, observando-se a fundamentação da sentença; b) indenizar ao autor Ubirajara Raia a quantia de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), devida a título de lucros cessantes, corrigida monetariamente desde o ajuizamento da ação, acrescida de juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, contados a partir da citação, observando-se a fundamentação da sentença. Custas *ex lege*. Ante a sucumbência mínima dos autores, condenou os requeridos ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), devidos aos autores.

Em suas razões recursais, de fls. 300/307, a apelante SEBO SOL LTDA. sustenta, em síntese, que inexistem nos autos qualquer prova de que algum caminhão da empresa tenha deixado cair detritos na rodovia. Alega que os veículos que utiliza atendem às exigências das autoridades de trânsito, dispondo apropriadamente de carrocerias de aço totalmente vedadas. Aduz que a Rodovia BR 153 é utilizada diariamente por milhares de veículos e que não pode a empresa responder por toda mancha de gordura que exista na rodovia, somente porque transporta insumos bovinos. Frisa a impossibilidade de atribuir à empresa a responsabilidade pelos danos causados aos autores, sem a prova clara e precisa de que atuou com culpa, descumprindo as regras de trânsito e transportando de forma inadequada os produtos que carregava. Ressalta que, nos termos do art. 333, inciso I, cabe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Assevera que a responsabilidade do DNER, órgão que tem o dever de manter a rodovia em condições de tráfego, é objetiva, enquanto a apelante somente responde se demonstrada sua culpa pelo acidente. Por fim, pleiteia a reforma da r. sentença, para julgar improcedente o pedido, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Em suas razões recursais, de fls. 334/339, o apelante Departamento Nacional de Estradas de Rodagem DNER sustenta, em síntese, a não comprovação do nexo causal entre o comportamento do DNER (falta de conservação e fiscalização da via rodoviária) e o dano resultante do acidente, o que inviabiliza a configuração de sua responsabilidade objetiva. Frisa que o DNER cumpriu com sua obrigação, estando as pistas em boas condições para o uso e tráfego de veículos, bem como o fato de ser por culpa exclusiva da Empresa SEBO SOL LTDA., que deixou cair resíduos de couro na pista, sem que o DNER contribuísse para tal fato. Ressalta a constatação do laudo de fls. 14/22, do Instituto de Criminalística, que considerou a via pública em bom estado de conservação e sinalização, e demonstrou que a pista, no momento do sinistro, foi considerada boa para o tráfego. Registra os depoimentos dos policiais rodoviários federais no sentido da inexistência de negligência das autoridades quanto à existência de detritos na rodovia. Por fim, pleiteia o provimento do recurso, reformando-se a r. sentença, para que seja julgada improcedente a ação, pela ausência de responsabilidade do DNER na ocorrência do evento danoso. Pugna pelo prequestionamento das normas constitucionais e infraconstitucionais mencionadas no decorrer das razões.

Com contrarrazões de apelação, de JOSÉ ROBERTO FERRARI e UBIRAJARA RAIA (fls. 327/331 e 343/348), subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

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

Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente de trânsito narrado na inicial, ocorrido em 10/09/1995, que teria causado vários ferimentos aos autores e avarias em seu veículo, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais e materiais.

De plano há que se reconhecer que o fato danoso (acidente de trânsito) efetivamente ocorreu e em razão disso que os réus sofreram os ferimentos alegados e comprovados na inicial, bem como as avarias em seu veículo.

Portanto, incontroverso o nexo de causalidade entre o evento danoso e o resultado dano.

Outro fato incontestado, é que a existência de inúmeros detritos na pista da Rodovia BR 153, sentido Onda Verde/SP - São José do Rio Preto/SP, conforme consta da prova técnica, Laudo Pericial do Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, juntado às fl. 18, contribuiu para a ocorrência do acidente.

E essa constatação da área técnica evidencia a responsabilidade objetiva da administração pública, que tem o dever legal de manter as rodovias de todo país em perfeito estado de conservação, de utilização e com a devida e correta sinalização (Decreto-Lei nº 512, de 1969 e Lei nº 9.503, 1997).

Veja-se o que afirma o Laudo do Instituto de Criminalística do Departamento de Polícia Técnica do Estado de São Paulo, ao analisar as condições do local do acidente (fls. 17/18):

[...]

A uns 60,00 ms antes da saída do auto, observou-se que no asfalto na faixa da direita, do sentido Onda Verde/SJRio Preto, grande quantidade de pedaços de couro (sebo), o que deixava a pista muito lisa (escorregadia), vide anexo - fotográfico de nº 4, tirada na manhã do dia 10.09.95.

[...]

Não basta a pista estar em bom estado de conservação e sinalizada, como defendem os réus, as faixas de rolamento, bem como as áreas de acostamento têm que estar em condições de uso, livres de obstáculos e de detritos que dificultem a circulação de veículos, ou que a torne insegura, o que é exatamente a situação dos autos.

Os peritos do Instituto de Criminalística afirmam, no laudo, que com o veículo estava tudo bem, que também não foi verificado nenhum problema com o motorista que conduzia o veículo, mas “que 60,00 metros antes, a existência de resíduos de couro e gordura no asfalto, podem ter contribuído para a desgovernabilidade do veículo” (fl. 18), situação a caracterizar, indiscutivelmente, a responsabilidade objetiva da administração pública que têm, como já foi dito, o dever não só de manter as rodovias sinalizadas e em bom estado de conservação, mas em condições de tráfego seguro (§2º do art. 1º da Lei nº 9.503, de 1997), devendo, para tanto, exercer o seu dever de fiscalização.

No que se refere à SEBO SOL LTDA., as provas e depoimentos das testemunhas levam à conclusão pela sua responsabilidade, ao tempo em que o acidente ocorreu muito próximo de sua cede, que essa é a sua atividade comercial, transportar esse tipo de insumo (sebo e corbo bovino), que os caminhões que utiliza não possuem cobertura por sobre a carroceria onde são levados os resíduos, que uma das testemunhas afirma que cruzou com um caminhão carregado

com esses resíduos e outra que trafegava no mesmo sentido dos autores, afirma que tanto ele como os apelados foram ultrapassados por caminhão carregado de resíduos e que dele caia esse material na pista.

A r. sentença, depois de analisar as provas dos autos e transcrever vários trechos do Laudo Pericial e dos depoimentos das testemunhas, assim concluiu:

[...]

Assim, a prova dos autos não oferece dúvidas de que a atividade desenvolvida pela empresa requerida deu ensejo ao acidente em questão. Evidenciado o nexo de causalidade, impõe-se a reparação dos danos comprovados. *In casu*, tem-se hipótese de responsabilidade civil objetiva, decorrente do risco da atividade, que prescinde da averiguação de culpa, a teor do disposto no artigo 927, parágrafo único c/c art. 932, III e art. 933, do Código Civil.

[...]

É dever de todo o usuário das rodovias “abster-se de obstruir o trânsito ou torna-lo perigoso, atirando, depositando ou abandonando na via objetos ou substâncias ...” (inciso II do art. 26 da Lei nº 9.503, de 1997).

Além disso, a empresa, em sede de apelação, afirma que realmente “utiliza-se daquela rodovia para transporte de suas mercadorias e faz uso de caminhão apropriado com carroceria de aço, totalmente vedada” (fl.304), mas não faz prova de que esses veículos são da forma como alega.

No entanto, cabe ressaltar, que em sede de contestação, as alegações da ré eram outras, como se a caracterização de sua responsabilidade estivesse adstrita, apenas, à identificação de seu preposto, na hipótese, acredito, que o motorista do caminhão. Senão vejamos os argumentos por ela postos às fl. 57:

[...]

PRELIMINARMENTE, apesar de atribuírem culpa a preposto da reclamada, não o identificaram. Se os autores não sabem quem foi o empregado da empresa que agiu culposamente não pode atribuir a esta a responsabilidade pelo acidente.

[...]

Se não sabem qual empregado da empresa agiu com culpa, não pode a SEBO SOL estar no polo passivo da demanda, devendo ser reconhecida ilegitimidade de parte da empresa ora contestante, que deverá ser excluída da lide.

[...]

Ainda que assim o fosse, independentemente de quem seja o motorista do caminhão, a responsabilidade objetiva da empresa ré está configurada, cabia a ela demonstrar que sua conduta, no meio de transporte desses resíduos, está em conformidade com as normas de segurança, de forma a impedir que esses detritos caíssem pela rodovia. O risco de transportar resíduos de sebo, banha, animal pelas rodovias é atividade que envolve um risco altíssimo de provocar acidentes, pois até o simples calor pode promover o derretimento e a vazão de banha líquida na pista o que equivale ao vazamento de óleo na rodovia.

Nesse sentido o julgado:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. VIDEOLAPAROSCOPIA. PARADA CARDIORRESPIRATÓRIA NA RECU-

PERAÇÃO ANESTÉSICA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. ART. 927, P. U. DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE ÀS CIRURGIAS NÃO ESTÉTICAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CLÍNICA MÉDICA. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DO SERVIÇO. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO ÓBICE DA SÚMULA 283/STF.

[...]

3. Responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços médico-hospitalares, independentemente de culpa dos médicos, com base no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente específico desta Turma.

[...]

(AgInt no REsp 1544093/DF AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL2015/0172950-6 - Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO - TERCEIRA TURMA - Julgamento em 09/08/2016 - Publicado no DJe de 16/08/2016)

Ao contrário do que aduz a ré, os autores provaram sim o fato constitutivo de seu direito, comprovando, como já foi dito, o evento danoso, o dano e o nexo causal.

Diante de todo o exposto, uma vez comprovados os fatos constitutivos do direito pleiteado e das alegações feitas na exordial; demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do agente, seja ela comissiva ou omissiva; e configurada a responsabilidade objetiva da Administração Pública, observadas as provas, as circunstâncias em que se deu o evento danoso, as condições das partes e a extensão dos danos, mantenho a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001850-03.2010.4.03.6117
(2010.61.17.001850-2)

Apelantes: MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES E JOSE GILBERTO SAGGIORO
 Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
 Classe do Processo: Ap 2159140
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2018

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. AGRAVO RETIDO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO REJEITADA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NEGADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA PRECÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 10 DA LEI 8.429/92. ILEGALIDADES NA CONTRATAÇÃO PELO MUNICÍPIO DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO BEM COMO NA EXECUÇÃO DO TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE A MUNICIPALIDADE E A ALUDIDA ENTIDADE DO TERCEIRO SETOR PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA. ATOS DE IMPROBIDADE CARACTERIZADOS. SANÇÕES DO ART. 12, II DA LEI Nº 8.429/92. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA.

- Embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
- O apelante foi devidamente notificado para prestar informações, nos termos do § 7º, da LIA, e apresentou devidamente manifestação por escrito. O mesmo foi intimado para apresentar resposta, conforme decisão que recebeu a inicial, tendo se manifestado diversas vezes nos autos, inclusive para apresentar agravo retido.
- Ademais, a primeira manifestação do apelante nos autos foi em 03/06/2011, quando da juntada da procuração outorgando poderes para o seu patrono. Desde então, verifica-se que teve total conhecimento da ação proposta, e as notificações passaram a ser recebidas pelo advogado por ele constituído nos autos. João Gilberto exerceu o seu direito ao contraditório, inclusive, comparecendo às audiências designadas.
- A assistência judiciária gratuita é garantia constitucional, prevista no art. 5º, LXXIV, da Magna Carta, na qual se confere o dever do Estado de proporcionar a todos o acesso ao Judiciário, até mesmo aos que comprovarem insuficiência de recursos. Tal preocupação do Estado é antiga e tem origem mesmo antes do ordenamento constitucional de 1988.
- Nesse sentido, a assistência judiciária é concedida aos necessitados, entendidos como aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Na hipótese dos autos, o apelante não logrou êxito em demonstrar a situação econômico-financeira

precária. Há provas de suas atividades profissionais durante o curso deste processo (assistente parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e a própria condição de ex-prefeito).

- O magistrado, no uso de suas atribuições, deve estabelecer a produção de provas que sejam importantes e necessárias ao deslinde da causa. Sendo destinatário natural da prova, o juiz tem o poder de decidir acerca da conveniência e da oportunidade de sua produção, visando obstar a prática de atos inúteis ou protelatórios, desnecessários à solução da causa (TRF/3ª Região, AI nº 405916, Processo 00139752120104030000, Rel. Des. Márcio Moraes, 3ª Turma, e-DJF3 de 03/12/2010, p. 320).

- Segundo o Órgão Ministerial, à vista do relatório final da Comissão Especial de Inquérito nº 01/2007, instaurada na Câmara Municipal de Itapuí, requisitou a abertura de procedimento fiscalizatório pela Controladoria-Geral da União, no que foi atendido. Aduz que, ao cabo da referida investigação administrativa, vieram à tona múltiplas ilegalidades na contratação, pelo Município de Itapuí, da Fênix do Brasil - Gestão e Desenvolvimento de Políticas Públicas e Sociais, qualificada pelo Ministério da Justiça como organização da sociedade civil de interesse público, bem como na execução do termo de parceria firmado entre a municipalidade e a aludida entidade do terceiro setor para a prestação de serviços médicos e odontológicos no âmbito do Programa Saúde da Família - PSF e do Programa Saúde Bucal - PSB, ambos custeados com recursos repassados pelo Ministério da Saúde ao Fundo Nacional de Saúde.

- Amparado nas conclusões expostas no relatório de demandas especiais nº 00225.000438/2008-19, emanado da Secretaria Federal de Controle Interno no Estado de São Paulo, órgão vinculado à Controladoria-Geral da União, o Ministério Público Federal sustenta que, no período de 7 de julho de 2006 a 31 de janeiro de 2008, os apelantes causaram danos ao erário e atentaram contra princípios reitores da Administração Pública mediante as seguintes condutas: a) contratação da OSCIP sem observância dos princípios da publicidade e competitividade; b) manutenção de equipes incompletas no âmbito do Programa Saúde da Família - PSF e do Programa Saúde Bucal - PSB, em manifesta contrariedade ao disposto na alínea "i", do inciso I, da cláusula terceira do termo de parceria; c) ausência de prestação de contas; d) ausência de comprovação de despesas no valor de R\$ 532.194,46; e) pagamento de remuneração para OSCIP prestadora de serviço gratuito de saúde, em desconpasso com o art. 6º do Decreto nº 3.100/1999.

- MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES, na época dos fatos, era presidente da OSCIP Fênix do Brasil. Nessa qualidade assinou o termo de Parceria com a prefeitura de Itapuí/SP, para gerenciamento do PSN e PSB. QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ era, na época, o gestor do projeto e, inclusive, seria o responsável pela prestação de contas. JOSE GILBERTO SAGGIORO foi o prefeito do município de Itapuí durante todo o período de vigência do Termo de parceria firmado com a OSCIP. Na época do ajuizamento da ação, ainda era o prefeito do referido município.

- No caso do art. 10, da lei nº 8.429/92, o pressuposto para tipificação do ato de improbidade é a ocorrência de lesão ao erário. Ademais, o dispositivo exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano.

- Após análise do conjunto probatório, não há nenhuma dúvida de que as denúncias feitas contra os apelantes são verídicas.

- Remessa oficial, agravo retido e apelações 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, ao agravo retido de JOSE GILBERTO SAGGIORO e às apelações interpostas, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de apelações interpostas por MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES, QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ e JOSE GILBERTO SAGGIORO visando a reforma da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou parcialmente procedente o pedido e, em consequência, os condenou:

a) ao ressarcimento integral dos danos patrimoniais a que deram causa, de forma solidária, no valor de R\$ 409.365,79, sendo R\$ 174.881,06 devidos ao Fundo Nacional de Saúde (42,72%) e R\$ 214.016,43 devidos ao Fundo de Saúde do Município de Itapuí (52,28%);

b) suspensão dos direitos políticos por cinco anos, a contar do trânsito em julgado (art. 15, V, da Constituição Federal e art. 20, *caput*, da Lei nº 8.429/1992);

c) multa civil fixada em 1/6 do valor do dano para cada um dos apelantes; e

d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos.

Os valores correspondentes ao ressarcimento ao erário e à multa civil deverão ser atualizados monetariamente e acrescidos de juros legais, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal (versão que estiver em vigor na data do efetivo pagamento). O montante devido a título de ressarcimento ao erário deverá ser compensado com valores eventualmente pagos na via administrativa ou em sede de eventual execução fiscal.

Em seu recurso, MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES e QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ sustentam, em síntese, que a prova técnica que balizou toda a fundamentação da r. sentença foi anteriormente indeferida pelo Juízo *a quo*, que reputou suficiente o acervo documental carreado aos autos. Alegam que restou demonstrado que todos os repasses que foram realizados à OSCIP tiveram a devida comprovação e os serviços foram efetivamente prestados. Acrescentam, ainda, que não houve prejuízo e enriquecimento ilícito, mas meras irregularidades e que as prestações de contas não deixaram de ser entregues, tendo apenas ocorrido tardiamente, não tendo sido demonstrados o dolo ou culpa. Aduzem que a ação penal foi julgada improcedente e teve origem nos mesmos fatos apurados na presente demanda, entendendo que é o ilícito penal que implica ilícito civil. Por fim, afirmam que suas condutas não se enquadram nas sanções previstas no art. 12 da lei de improbidade, pois não ocorreu lesão ao erário.

JOSE GILBERTO SAGGIORO, por sua vez, requer, preliminarmente, os benefícios da justiça gratuita e a apreciação do agravo retido (ausência de citação que acarreta nulidade). No

mérito, alega a ausência de não ao erário, dolo e má-fé, e que não houve ato ímprobo, devendo ser levado em conta que o Ministério da Saúde opinou pela regularidade das despesas efetuadas. Cita, também, a absolvição criminal o que, por si só, faz prova irrefutável no cível. Afirma que os serviços foram prestados e, portanto, os valores foram utilizados para os pagamentos, e a devolução desses valores foram utilizados para os pagamentos, além do que a devolução desses valores causaria o locupletamento da Administração Pública.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal.

O Ministério Público Federal, em segunda instância, opina pelo desprovimento dos recursos de apelação.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

No presente feito, MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES, QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ e JOSE GILBERTO SAGGIORO interpuseram recursos de apelação visando a reforma da r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido e, em consequência, os condenou ao ressarcimento integral dos danos patrimoniais a que deram causa; à suspensão dos direitos políticos; à multa civil; e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários.

Pois bem.

Observe, de início, que embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Passo a analisar as alegações invocadas no agravo retido e nos apelos, sem me ater, entretanto, à ordem em que foram colocadas.

Com relação à ausência de citação pessoal de João Gilberto Saggioro, conforme observou o Ministério Público Federal, o apelante foi devidamente notificado para prestar informações, nos termos do § 7º, da LIA, e apresentou manifestação por escrito. O mesmo foi intimado para apresentar resposta, conforme decisão que recebeu a inicial, tendo se manifestado diversas vezes nos autos, inclusive para apresentar agravo retido.

Ademais, a primeira manifestação do apelante nos autos foi em 03/06/2011, quando da juntada da procuração outorgando poderes para o seu patrono. Desde então, verifica-se que teve total conhecimento da ação proposta e as notificações passaram a ser recebidas pelo advogado por ele constituído nos autos. João Gilberto exerceu o seu direito ao contraditório, inclusive, comparecendo às audiências designadas.

Quanto ao outro pedido de João Gilberto Saggioro, ressalto que a assistência judiciária gratuita é garantia constitucional, prevista no art. 5º, LXXIV, da Magna Carta, na qual se confere o dever do Estado de proporcionar a todos o acesso ao Judiciário, até mesmo aos que comprovarem insuficiência de recursos. Tal preocupação do Estado é antiga e tem origem mesmo antes do ordenamento constitucional de 1988. Nesse sentido, a assistência judiciária

é concedida aos necessitados, entendidos como aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Na hipótese dos autos, o apelante não logrou êxito em demonstrar a situação econômico-financeira precária. Nesse sentido, há provas de suas atividades profissionais durante o curso deste processo (assistente parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e a própria condição de ex-prefeito).

Destaco, também, que o magistrado, no uso de suas atribuições, deve estabelecer a produção de provas que sejam importantes e necessárias ao deslinde da causa. Sendo destinatário natural da prova, o juiz tem o poder de decidir acerca da conveniência e da oportunidade de sua produção, visando obstar a prática de atos inúteis ou protelatórios, desnecessários à solução da causa (TRF/3ª Região, AI nº 405916, Processo 00139752120104030000, Rel. Des. Márcio Moraes, 3ª Turma, e-DJF3 de 03/12/2010, p. 320).

Passo ao exame do mérito.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, determina que “a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Assim, a relação entre o dever da Administração Pública de atuar e o fim almejado pela lei não podem afastar o respeito à lealdade e à boa fé, conceitos constituintes do princípio da moralidade.

O § 4º, do referido artigo, por sua vez, define que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

No meu entender, a probidade administrativa abrange a noção de moralidade administrativa e, assim sendo, toda conduta que atente contra a moralidade administrativa constitui-se, na verdade, em ato configurador de improbidade. No entanto, nem todo ato de improbidade administrativa configura infração à moralidade administrativa. Desta forma, a improbidade é ato de violação à moralidade administrativa e a outros princípios e regras da Administração Pública, expressos ou implícitos, conforme previsão em lei específica.

No intento de regulamentar a previsão constitucional e coibir efetivamente a prática de atos de improbidade, foi promulgada a Lei nº 8.429/92, que disciplinou os atos de improbidade administrativa, os sujeitos ativos e passivos, as sanções cabíveis, bem como os procedimentos administrativos e judiciais aplicáveis.

A Lei nº 8.429/92, ao definir a tipificação dos atos de improbidade administrativa, instituiu termos genéricos e abrangentes para a definição e qualificação das condutas ímprobas, agrupando-os em três categorias, conforme o bem jurídico atingido: atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Os atos de improbidade, que acarretam enriquecimento ilícito, previstos nos art. 9º, da Lei 8.429/92, referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/92, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens

ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1º, da lei de improbidade administrativa. Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92.

Com relação aos sujeitos passivos, estes estão elencados no art. 1º, da Lei nº 8.429/92, e correspondem às pessoas jurídicas titulares do patrimônio público violado ou lesado pelo ato de improbidade administrativa, sejam elas pertencentes à administração direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, Estados ou Municípios, ou, ainda, empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. De acordo com o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 8.429/92, também estão sujeitos às penas da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio da entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio, restando restrita a sanção patrimonial nestes casos, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Por outro lado, os sujeitos ativos (os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública) são os agentes públicos ou terceiros. O art. 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, define o agente público como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta. Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar, em seu art. 3º, a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições, ou seja, todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

No tocante às penas, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, de forma taxativa, fixou as penalidades para os agentes que praticarem ato de improbidade administrativa (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário). Essas sanções possuem natureza civil e, conforme destacado expressamente na Constituição, não excluem as sanções penais eventualmente previstas em lei para a mesma conduta. O dispositivo constitucional definiu, ainda, que essas sanções devem ser aplicadas “na forma e gradação previstas em lei”. As sanções da Lei nº 8.429/92 não são, obrigatoriamente, aplicadas de forma cumulativa e devem guardar relação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na fixação das penas, deverá o julgador dosar as mesmas, levando em conta a extensão do dano causado, a gravidade da conduta e a intensidade do elemento subjetivo do agente.

Neste sentido: “A aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.” (STJ, RESP nº 300184, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ de 03/11/2003, p. 291).

Posto isto, anote-se que, no caso dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública em face de MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES, QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ e JOSE GILBERTO SAGGIORO, por atos de improbidade administrativa.

Segundo o Órgão Ministerial, à vista do relatório final da Comissão Especial de Inquérito nº 01/2007, instaurada na Câmara Municipal de Itapuí, foi requisitado a abertura de procedimento fiscalizatório pela Controladoria-Geral da União, no que foi atendido. Aduz que, ao cabo da referida investigação administrativa, vieram à tona múltiplas ilegalidades na contratação, pelo Município de Itapuí, da Fênix do Brasil - Gestão e Desenvolvimento de Políticas Públicas e Sociais, qualificada pelo Ministério da Justiça como organização da sociedade civil de interesse público, bem como na execução do termo de parceria firmado entre a municipalidade e a aludida entidade do terceiro setor para a prestação de serviços médicos e odontológicos no âmbito do Programa Saúde da Família - PSF e do Programa Saúde Bucal - PSB, ambos custeados com recursos repassados pelo Ministério da Saúde ao Fundo Nacional de Saúde.

Amparado nas conclusões expostas no relatório de demandas especiais nº 00225.000438/2008-19, emanado da Secretaria Federal de Controle Interno no Estado de São Paulo, órgão vinculado à Controladoria-Geral da União, o Ministério Público Federal sustenta que, no período de 7 de julho de 2006 a 31 de janeiro de 2008, os apelantes causaram danos ao erário e atentaram contra princípios vetores da Administração Pública, mediante as seguintes condutas: a) contratação da OSCIP sem observância dos princípios da publicidade e competitividade; b) manutenção de equipes incompletas no âmbito do Programa Saúde da Família - PSF e do Programa Saúde Bucal - PSB, em manifesta contrariedade ao disposto na alínea "i", do inciso I, da cláusula terceira do termo de parceria; c) ausência de prestação de contas; d) ausência de comprovação de despesas no valor de R\$ 532.194,46; e) pagamento de remuneração para OSCIP prestadora de serviço gratuito de saúde, em descompasso com o art. 6º do Decreto nº 3.100/1999.

MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES, na época dos fatos, era presidente da OSCIP Fênix do Brasil. Nessa qualidade assinou o termo de Parceria com a prefeitura de Itapuí/SP, para gerenciamento do PSN e PSB. QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ era, na época, o gestor do projeto e, inclusive, seria o responsável pela prestação de contas. JOSE GILBERTO SAGGIORO foi o prefeito do município de Itapuí durante todo o período de vigência do Termo de parceria firmado com a OSCIP. Na época do ajuizamento da ação, ainda era o prefeito do referido município.

Portanto, na hipótese vertente, conforme se extrai da inicial, o Ministério Público Federal entende que os atos cometidos pelos apelantes estão disciplinados na Lei de Improbidade, em especial, nos artigos 10, *caput*, e 12, II, ambos, da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

No caso do art. 10, da lei nº 8.429/92, o pressuposto para tipificação do ato de improbidade é a ocorrência de lesão ao erário. Ademais, o dispositivo exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano.

Após análise do conjunto probatório, não há nenhuma dúvida de que as denúncias feitas contra os apelantes são verídicas. A r. sentença tratou de cada ponto levantado pelo Ministério Público Federal, enumerando as provas e os fundamentos que ratificam a condenação imposta.

Em relação à alegação de absolvição criminal por atipicidade dos fatos imputados, anoto que independência entre as instâncias penal e civil é relativa, isto é, a coisa julgada penal só projeta efeitos no âmbito civil quando reconhecida a inexistência do fato ou negada cabalmente a autoria respectiva.

Pois bem, em sede de memoriais finais, os réus JOSÉ GILBERTO SAGGIORO e MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES asseveraram que foram absolvidos na ação penal nº 0000317-43.2009.4.03.6117, também do juízo federal que sentenciou a presente ação civil pública, no bojo da qual foi reconhecida a atipicidade formal dos fatos descritos na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal.

Todavia, repita-se, no direito brasileiro, vige o princípio da independência relativa das instâncias e a decisão penal absolutória revestida da autoridade de coisa julgada não impede responsabilização civil ou administrativa do agente ímprobo, ressalvadas as hipóteses em que fiquem comprovadas a inexistência do fato alegadamente criminoso ou a negativa da autoria.

Nessa ordem de ideias, considerando o fundamento da absolvição criminal (atipicidade formal dos fatos descritos na denúncia), não há falar-se em vinculação da instância cível à penal.

Quanto à violação aos princípios da publicidade e da competitividade na contratação da OSCIP FÊNIX DO BRASIL, alega o Ministério Público Federal que houve ilegalidade na escolha e contratação da Fênix do Brasil - Gestão e Desenvolvimento de Políticas Públicas e Sociais, qualificada pelo Ministério da Justiça como organização da sociedade civil de interesse público, nos termos da Lei nº 9.790/1999. Isto porque a contratação direta levada a efeito não encontraria respaldo nas hipóteses dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, permissivas a dispensa ou inexigibilidade do certame licitatório.

Na dicção do *Parquet* Federal, referidas omissões teriam ocorrido por vontade livre e consciente dos corréus e acarretado prejuízos materiais consideráveis para a Administração Pública Federal e Municipal, estes últimos constatados em auditoria realizada pela Controladoria-Geral da União e pelo Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde, conforme relatórios anexados aos autos.

Ao tempo dos fatos controvertidos (ocorridos entre julho de 2006 e janeiro de 2008), a contratação de OSCIP pela Administração Pública não estava inexoravelmente sujeita ao princípio da competição - cuja observância, embora fosse recomendável à luz dos postulados de ordem jurídica que informam o regime jurídico administrativo (indisponibilidade e supremacia do interesse público, publicidade, moralidade, impessoalidade, finalidade pública etc.), não passava de uma opção estatal, situada no campo da discricionariedade administrativa (juízo de conveniência e oportunidade).

Realmente, quando das tratativas que redundaram na assinatura do termo de parceria

entre a municipalidade itapuiense e a OSCIP Fênix do Brasil, estava vigente a redação original do art. 23 do Decreto nº 3.100/1999, que estabelecia que a realização de concurso de projetos (modalidade de competição para a contratação de OSCIP) era uma faculdade do Poder Público.

Somente com o advento do Decreto nº 7.568/2011, em vigor a partir de 20 de setembro de 2011, o concurso de projetos passou a ser obrigatório.

A facultatividade da abertura de concurso de projetos para a contratação de OSCIP até a superveniência do Decreto nº 7.568/2011 (vigente a partir de 20 de setembro de 2011) é matéria pacífica na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Considerando que o Decreto nº 7.568/2011 não poderia retroagir para prejudicar os ora corréus, o reconhecimento da legalidade da contratação é de rigor.

No tocante à alegação de ofensa ao princípio da publicidade, embora os réus JOSÉ GILBERTO SAGGIORO e MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES não tenham exibido aqui a documentação anexada aos autos da ação penal nº 0000317-43.2009.4.03.6117, reproduzo as considerações que o Juízo de primeira instância teceu para absolvê-los por atipicidade penal da conduta descrita na denúncia do Ministério Público Federal:

Contudo, mesmo que o juízo de tipicidade penal fosse positivo - ou seja, favorável à subsunção dos fatos jurídicos na denúncia ao art. 89 da Lei nº 9.099/1995 -, do que cogito a título de mero reforço argumentativo, ainda assim a absolvição seria inexorável, pois a documentação anexada à resposta escrita à acusação ofertada pelo corréu JOSÉ GILBERTO SAGGIORO deixa entrever que houve, sim, procedimento administrativo preliminar tendente a justificar a celebração direta de termo de parceria entre a municipalidade e a OSCIP Fênix do Brasil. Refiro-me, especificamente, ao parecer da Procuradoria Jurídica do Município, às atas das reuniões ordinárias do Conselho Municipal de Saúde, aos atos constitutivos e minutas de termos de parceria de duas entidades associativas (OSCIP Fênix do Brasil e Instituto Labor e Vitta), bem assim as certidões de regularidade fiscal de fundiária. Com efeito, ao desencadear o procedimento administrativo para escolha do novo responsável pela execução dos Programas Agente Comunitário de Saúde, Saúde da Família e Saúde Bucal, o corréu JOSÉ GILBERTO SAGGIORO, então prefeito municipal, realizou consulta à Procuradoria Jurídica do Município, que, à vista de orientação inserta em cartilha do próprio Ministério da Saúde, emitiu parecer no sentido da viabilidade da contratação direta, contanto que cumpridas as seguintes formalidades: a) comprovação da qualificação da entidade associativa pretendente mediante apresentação de certificado de qualificação e de cópia do diário oficial em que publicada; utilização de minuta padrão de termo de parceria; consulta ao Conselho Municipal de Saúde; aferição da regularidade fiscal e fundiária mediante certidões. As objeções levantadas pela assessoria jurídica foram cumpridas pelo alcaide, ora corréu, que demonstrou, documentalmente, ter realizado consulta ao Conselho Municipal de Saúde de Itapuí e, ainda, ter exigido comprovação da qualificação da OSCIP Fênix do Brasil junto ao Ministério da Justiça, da regularidade fiscal e fundiária e da utilização de minuta padrão de termo de parceria. De modo que, mesmo na remota hipótese de superação da assentada atipicidade penal dos fatos, a absolvição se imporia, dessa vez por ser duvidosa a materialidade delitiva.

Evidente, pois, o cumprimento dos ditames legais exigíveis. Donde a improcedência da pretensão condenatória no tocante à alegação epigrafada.

Já em relação às equipes incompletas no âmbito dos programas saúde da família e saúde bucal ("PSF" e "PSB") - ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário - art. 10, *caput*, da lei nº 8.429/1992, aduz o *Parquet* Federal que, durante todo o período de vigência do termo de parceria celebrado entre o Município de Itapuí e a OSCIP Fênix do Brasil, houve

lacunas nas equipes constituídas para atuar nos Programas Saúde da Família e Saúde Bucal, as quais nunca trabalharam completas (cf. planilhas elaboradas pela Controladoria-Geral da União, transcritas às fls. 19-20).

Sustenta o *parquet*, ainda, que a fiscalização empreendida pela Controladoria-Geral da União revelou que: a) a OSCIP contratou auxiliar administrativo nos meses de dezembro de 2006 a março de 2007, embora só pudesse fazê-lo a partir de maio de 2007, quando foi assinado aditivo contratual a esse respeito; b) em dezembro de 2006 foram contratadas seis enfermeiras, isto é, três a mais que o necessário; c) em junho de 2007, foi contratada uma auxiliar de enfermagem além do necessário.

Da análise do conjunto probatório, tenho que assiste razão ao órgão ministerial.

Salta aos olhos o menoscabo na gestão da coisa pública, sendo indubitoso que os réus MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES e QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ, na condição de responsáveis pela administração da OSCIP Fênix do Brasil, fizeram tabula rasa do quanto disposto na alínea “i” do inciso I da cláusula terceira do termo de parceria acostado às fls. 930-939 dos autos do procedimento administrativo nº 1.34.022.000152/2008-86, que tramitou na Procuradoria da República no Município de Jaú (mídia de fl. 132).

Referida cláusula convencional expressamente obrigava a entidade parceira do Poder Público municipal a disponibilizar três médicos generalistas, três enfermeiras, seis auxiliares de enfermagem, dois dentistas, dois auxiliares de cirurgião dentista e vinte e quatro agentes comunitários de saúde, a serem distribuídos em três equipes do Programa Saúde da Família e duas equipes do Programa Saúde Bucal.

Entretanto, não foi o que sucedeu no caso concreto ora *sub judice*, em que as equipes médicas e odontológicas compostas para atender a população itapuiense sempre estiveram aquém da formação idealizada.

Reporto-me às planilhas elaboradas pela fiscalização da Controladoria-Geral da União e fielmente reproduzidas na petição inicial.

Mas não é só. Para além da incompletude alhures referida, houve a contratação de pessoal administrativo em descompasso com os termos contratuais vinculantes da atuação do parceiro privado.

Conquanto não se possa cogitar de dolo de improbidade administrativa - visto que não há prova cabal de comportamento voluntária e conscientemente dirigido à causação de prejuízos à Administração Pública ou ao enriquecimento ilícito dos seus responsáveis -, referidos comportamentos, resultantes da inobservância de dever objetivo de cuidado no trato da coisa pública (*rectius*, execução imperfeita e negligente do termo de parceria), provocaram danos ao erário, que foi onerado por despesa desvestida de legitimidade, dada a ausência de causa jurídica a justificá-la.

Isto porque, embora os Fundos Nacional e Municipal de Saúde tenham efetuado repasses integrais à OSCIP Fênix do Brasil, os serviços contratados não foram integralmente executados.

Donde a subsunção dos fatos à hipótese do art. 10, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 é evidente.

No que tange à ausência de tempestiva prestação de contas pelos administradores da OSCIP Fênix do Brasil, qual seja a consequente falta de comprovação de despesas no valor de R\$ 409.365,79, o Ministério Público Federal sustenta que a Controladoria-Geral da União constatou ausência de prestação de contas relativamente aos recursos repassados à OSCIP Fênix do Brasil nos exercícios financeiros 2006, 2007 e 2008 (item 2.1.1.1.3 do relatório de demandas especiais nº 00225.000438/2008-19).

Acrescenta que referida omissão ficou evidenciada pelas diligências empreendidas no bojo do procedimento administrativo nº 1.34.022.000152/2008-86, que tramitou na Procuradoria da República no Município de Jaú (mídia de fl. 132), e pelo relatório de auditoria nº 7.396, do Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde - DENASUS (processo administrativo nº 25004.012597/2006-20), que culminou em proposição de ressarcimento ao erário (constatação 16138 - fls. 70-72 e 90-107).

Aduz que o dever de prestar contas estava previsto na cláusula quinta do termo de parceria e que, diante do seu reiterado descumprimento pelos réus MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES e QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ, caberia ao réu JOSÉ GILBERTO SAGGIORO, na condição de prefeito municipal, a imediata rescisão da avença (cf. cláusula nona, inciso II, do termo de parceria), em ordem a preservar a integridade do patrimônio público.

Conclui dizendo que referida negligência administrativa é indicativa de gestão anômala de recursos estatais e causadora de prejuízos materiais ao erário no importe de R\$ 409.365,79 (cf. perícia contábil de fls. 995-1.006), dos quais 42,72% saíram do Fundo Nacional de Saúde e 52,28% saíram do Tesouro do Município de Itapuí.

A versão ministerial foi impugnada pelos réus MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES e QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ, que aludiram ao relatório consolidado recebido pela Procuradoria Jurídica do Município de Itapuí em 15 de outubro de 2010, ao relatório final da auditoria levada a efeito pela Divisão Regional de Saúde de Bauru, bem assim à prova testemunhal produzida em juízo, sob o crivo do contraditório.

O réu JOSÉ GILBERTO SAGGIORO não ofereceu impugnação específica às alegações ministeriais, cingindo-se à defesa da legalidade da contratação da OSCIP Fênix do Brasil.

Novamente, a razão está com o Ministério Público Federal.

A cláusula quinta do referido termo de parceria enuncia que os réus MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES e QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ, na condição de gestores da OSCIP Fênix do Brasil, estavam obrigados à prestação anual de contas relativamente aos recursos públicos transferidos para a execução dos Programas Saúde da Família e Saúde Bucal.

Por sua vez, a cláusula nona conferia ao prefeito municipal a prerrogativa, em verdade o dever-poder, de promover a rescisão unilateral da avença em caso de descumprimento das condições pactuadas.

Sucede que nada disso foi feito no caso ora sub judice. Não houve tempestiva prestação de contas pelos gestores da entidade contratada para colaborar com o Poder Público municipal. Tampouco se verificou o exercício da prerrogativa estatal de rescindir unilateralmente o termo de parceria.

Em que pesem as alegações defensivas formuladas pelos réus MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES e QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ (cf. impugnação ao laudo pericial de fls. 1.038-1.042 e memoriais finais de fls. 1.054-1.066), o denominado “relatório consolidado” elaborado com a finalidade de demonstrar a prestação das contas foi recepcionado pela Procuradoria Jurídica do Município de Itapuí apenas em 15 de outubro de 2010, ou seja, aproximadamente dois anos após o advento do termo final do convênio, extinto em 31 de janeiro de 2008. De modo que não se presta aos fins colimados pelos seus subscritores.

Ademais, referido documento (“relatório consolidado”) não pode ser nominado de prestação de contas, pois, conforme explicitado pelo perito contábil nomeado pelo Juízo Federal para auditar a documentação apresentada pela OSCIP Fênix do Brasil (“relatório consolidado”, termos de rescisão de contrato de trabalho, comprovantes de pagamento de tributos e outros

encargos sociais etc.), o trabalho subscrito pelos réus MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES e QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ foi realizado de maneira precária, “sem critério técnico”, ou seja, “não levou em consideração a boa técnica contábil, deixando de apresentar os demonstrativos contábeis obrigatórios, Livro Diário ou Livro Caixa, Razão das Contas Contábeis, Balanço Patrimonial, Demonstrativo de Resultados e, principalmente, a Folha de Pagamentos (salários)” (fl. 998 - resposta ao segundo quesito do Ministério Público Federal).

Por outras palavras, além de extemporânea, a suposta prestação de contas foi mal feita, afigurando-se imprestável para infirmar as conclusões da Comissão Especial de Inquérito da Câmara Municipal de Itapuí e dos órgãos de controle interno da Administração Pública Federal, estas últimas embasadas em sólidos elementos probatórios documentais.

Reconhecida a inexecução do dever de prestação de contas, bem assim assentada a total imprestabilidade do “relatório consolidado” apresentado à municipalidade em 15 de outubro de 2010, emerge incomprovada parcela significativa das despesas realizadas pelos gestores da OSCIP Fênix do Brasil e pelo então prefeito municipal de Itapuí - ora réus - no âmbito dos Programas Saúde da Família e Saúde Bucal. Isto porque a prova pericial deixou claro que “não há comprovação documental adequada de todas as despesas repassadas à organização Fênix” (fl. 998 - resposta ao segundo quesito do Ministério Público Federal).

Em que pese o teor do relatório da auditoria levada a efeito pela Divisão Regional de Saúde de Bauru, sugestivo da regularidade na utilização dos recursos transferidos à entidade colaboradora do Poder Público municipal, cumpre ter presente que os trabalhos desenvolvidos em âmbito estadual não seguiram critérios metodológicos seguros ou cientificamente válidos, visto que não se embasaram em documentação comprobatória da efetiva regularidade dos gastos (fls. 747-748).

Ao que tudo indica, tratou-se de verificação por estimativa ou amostragem, procedimento manifestamente incompatível com o caráter de indisponibilidade que reveste o interesse público traduzido na higidez da execução de recursos públicos.

A inidoneidade da investigação estadual emerge do depoimento prestado pela subscritora do “relatório final” respectivo, a auditora em saúde Fátima Regina Longo, que asseverou que a auditoria foi realizada com base em documentos fornecidos pelo Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de Itapuí, relativos a “acertos” com funcionários da OSCIP Fênix do Brasil, bem assim que faltaram alguns documentos, os quais não foram apresentados pela organização (fls. 793-794).

Para além da inabilitação técnica da auditora - circunstância bastante para pôr em dúvida a legitimidade do trabalho por ela desenvolvido -, não se pode olvidar que a perícia contábil realizada em juízo, sob o crivo do contraditório, evidenciou que a documentação que serviu de base ao arremedo de prestação de contas alhures referido (“relatório consolidado”) não comprova a totalidade das despesas contraídas pela OSCIP Fênix do Brasil com os recursos repassados para a execução dos Programas Saúde da Família e Saúde Bucal (fl. 998 - resposta ao segundo quesito do Ministério Público Federal).

Os depoimentos das testemunhas Thiago Haroldo Pereira, Rodrigo Alessandro Pereira, Maria da Graça Berto, Ana Paula de Lima Barbosa e Maria Cenira Chechetto Rizzo (mídia à fl. 541), arroladas pela defesa da ré MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES, não alteram o panorama processual.

Embora comprove a prestação de serviço por tais pessoas, referida prova oral não infirma o teor do relatório de demandas especiais nº 00225.000438/2008-19 (mídia à fl. 132), emanado da Controladoria-Geral da União, e do relatório de auditoria nº 7.396, do Departamento Nacio-

nal de Auditoria do Sistema Único de Saúde (fls. 49-109 - vide constatação 16138), ratificados pelo laudo da perícia contábil (fls. 996-1.003), todos no sentido da ausência de prestação de contas e da existência de múltiplas despesas sem comprovação.

Configurado está, portanto, o ato de improbidade tipificado no art. 10, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, para cuja realização basta a culpa *stricto sensu*, consubstanciada na inobservância de dever objetivo de cuidado no trato da coisa pública. Culpa esta que emerge cristalina dos comportamentos imputados aos réus, os quais, como dito alhures, fizeram tabula rasa das disposições convencionais concernentes à administração de bens de terceiros, deixando de prestar contas dos recursos públicos transferidos para a execução dos programas estatais de saúde básica e, ainda, contraindo despesas sem a correspondente causa jurídica.

Cumpre, agora, delimitar a extensão do prejuízo patrimonial emergente das despesas não comprovadas.

No relatório final da Comissão Especial de Inquérito nº 01/2007, instaurada pela Câmara Municipal de Itapuí - cujas conclusões desencadearam a investigação que culminou na presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa -, restou apurado dano patrimonial ao erário no importe de R\$ 532.194,46. Inclusive, esse foi o valor que balizou a pretensão condenatória deduzida em juízo pelo Ministério Público Federal.

Entretanto, a partir de documento carreado aos autos pelo réu JOSÉ GILBERTO SAGGIORO, mais precisamente o relatório final da auditoria levada a efeito pela Divisão Regional de Saúde de Bauru - sugestivo da regularidade das despesas havidas no âmbito dos programas de saúde operados pela OSCIP Fênix do Brasil -, sobreveio a necessidade de realização de perícia contábil para a redefinição do quantum do prejuízo impingido aos cofres públicos. Nesse sentido foi o requerimento formulado à guisa de preliminar nas primitivas alegações finais ministeriais.

Produzida a prova técnica (fls. 995-1.021), vieram à tona valores distintos daqueles originariamente apurados pelo *Parquet* Federal.

Com efeito, após minuciosos exames em documentação contábil e fiscal obtida na Prefeitura Municipal de Itapuí, o *experto* detectou que o montante de recursos despendidos com os Programas Saúde da Família e Saúde Bucal foi de R\$ 1.175.797,27, sendo R\$ 561.068,00 provenientes do Fundo Nacional de Saúde (42,72%) e R\$ 614.729,27 oriundos do Fundo Municipal de Saúde (52,28%).

Entretanto, aventou quatro hipóteses possíveis para as despesas não comprovadas, a saber:

a) Considerando como despesas incorridas todas as obrigações comprovadamente geradas (decorrentes de empregados com e sem registro do vínculo em CTPS), ainda que nem todos os pagamentos tenham sido comprovadamente realizados, apurou o valor total de despesas pagas em R\$ 1.016.863,69, sendo o montante de R\$ 290.471,11 referente ao total de despesas realizadas no ano de 2006, de R\$ 616.247,36, no ano de 2007 e de R\$ 110.145,21 no ano de 2008.

Ainda sob tal enfoque, descreveu que foram apresentadas muitas guias sem autenticação, ou com autenticação ilegível, ou mesmo sem comprovação e que, por outro lado, os extratos de algumas contas vinculadas do FGTS demonstraram que foram efetuados depósitos mesmo sem a apresentação dos comprovantes respectivos. Mencionou, ainda, que houve a comprovação pelos documentos disponibilizados de recolhimentos referentes a um parcelamento junto ao INSS.

Ao final, o expert concluiu que, a seu ver, “mesmo sem a devida comprovação dos reco-

lhimentos, esses devem ser considerados como despesas incorridas e somados no rol daquelas abatidas com recursos repassados pelo Município” e, ainda, que houve valor repassado pelo Município mas não aplicado no PSF pela OSCIP Fênix.

b) Desconsiderando os desembolsos com profissionais que não tiveram o contrato de trabalho anotado em CTPS, apurou o total de despesas em R\$ 957.573,00, sendo o montante de R\$ 254.375,74 referentes às despesas do ano de 2006, de R\$ 593.052,04 referentes às despesas no ano de 2007 e R\$ 110.145,21 referentes às despesas de 2008.

c) Considerando somente as despesas efetivamente comprovadas, ou seja, considerando somente os documentos juntados e legíveis, desprezados os documentos que geraram dúvida quanto a sua idoneidade, apurou o total de despesas em R\$ 825.722,17, sendo o montante de R\$ 247.996,59 relativos ao ano de 2006, de R\$ 479.515,96 ao ano de 2007 e R\$ 98.209,62 ao ano de 2008.

d) Considerando as despesas comprovadas, ao invés das efetivamente incorridas, e excluindo os funcionários sem registro, apurou a quantia de R\$ 766.431,48 como o total de despesas, sendo R\$ 211.901,22 referente ao ano de 2006, R\$ 456.320,64 referente ao ano de 2007 e R\$ 98.209,62 do ano de 2008.

A primeira hipótese deve ser sumariamente descartada. Deveras, validar despesas não comprovadas com fundamento em meros “fatos contábeis” é algo que não compactua com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), significando a legitimação da fraude.

Por atribuir eficácia jurídica a fatos de existência duvidosa (vínculos empregatícios não comprovados; comprovantes inidôneos de pagamento de encargos sociais; despesas incorridas sob a ótica contábil, mas não comprovadas documentalmente etc.), a segunda e terceira hipóteses também devem ser repudiadas.

Remanesce a quarta hipótese, a estabelecer que somente deve ser levado em consideração as despesas comprovadas (com exclusão dos empregados não registrados e das despesas “incorridas” do ponto de vista contábil), fixadas em R\$ 766.431,48.

Ora, se a OSCIP Fênix do Brasil recebeu R\$ 1.175.797,27 para a execução dos Programas Saúde da Família e Saúde Bucal no Município de Itapuí, mas somente comprovou o dispêndio de R\$ 766.431,48, o montante improvado é mesmo aquele apontado pelo Ministério Público Federal, a saber: R\$ 409.365,79. Desses valores, R\$ 174.881,06 são de origem federal (Fundo Nacional de Saúde - 42,72%) e R\$ 214.016,43 são provenientes dos cofres municipais (Fundo Municipal de Saúde - 52,28%).

Sobre a impossibilidade de remuneração para OSCIP prestadora de serviço de saúde, o Ministério Público Federal sustenta que a celebração de termo de parceria entre o Município de Itapuí e a OSCIP Fênix do Brasil serviu para dissimular a natureza contratual do vínculo estabelecido entre a Administração Pública e o particular, o qual deveria ter sido precedido de licitação. Fundamenta-se no caráter oneroso do ajuste, representado pelo pagamento mensal ao ente privado de R\$ 4.500,00 (cf. cláusula quarta do termo de parceria).

Afirma, ainda, que não pode haver repasse de recursos públicos a organizações da sociedade civil de interesse público que atuem na área da saúde, pois, ao conceituar “promoção gratuita da saúde” (art. 3º, IV, da Lei nº 9.790/1999), o art. 6º, II e 1º e 2º, do Decreto nº 3.100/1999 estabelece que somente se consideram gratuitos os serviços prestados com recursos próprios, excluídos os provenientes de repasses ou transferências.

Por fim, pontua que a legislação não permite a terceirização da saúde pública, sendo

admitida a intervenção de colaboradores privados somente a título complementar.

Decerto, merece censura o comportamento do réu JOSÉ GILBERTO SAGGIORO, o qual, em vez de estruturar o sistema público de saúde mediante a admissão de profissionais aprovados em concurso público, optou por transferi-lo à OSCIP Fênix do Brasil, de maneira integral. Todavia, não há indícios de que isso tenha ocorrido de forma maliciosa, com o propósito deliberado de proporcionar o enriquecimento ilícito ou a causação de prejuízos ao erário.

Segundo apurado, com o encerramento da parceria estabelecida entre a municipalidade e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais - APAE, o ora réu, então prefeito, se viu na contingência de reestruturar o serviço público essencial. E o fez como foi possível no momento, ou seja, mediante a delegação a particular colaborador (fls. 540-541).

O fato de ter sido estabelecida remuneração mensal no valor de R\$ 4.500,00 para a OSCIP Fênix do Brasil não é suficiente para atribuir àquele vínculo jurídico a natureza de contrato administrativo, pois não há relação de antagonismo entre os interesses perseguidos pelos subscritores do termo de parceria. Ambos objetivaram a prestação dos serviços públicos de saúde no Município de Itapuí, sendo a contraprestação necessária apenas para a satisfação das despesas operacionais mensais da entidade privada.

Aliás, convém frisar que o *Parquet* Federal não logrou demonstrar a distribuição de lucros aos réus MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES e QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ, sendo mesmo presumível o caráter não lucrativo da OSCIP Fênix do Brasil.

Por fim, não impressiona a previsão regulamentar trazida à baila pelo órgão ministerial (art. 6º, II e 1º e 2º, do Decreto nº 3.100/1999), a qual é de legalidade duvidosa, visto que instituidora de restrição desprovida de base normativa primária.

A meu sentir, ao aludir à “promoção gratuita da saúde”, o legislador (art. 3º, IV, da Lei nº 9.790/1999) quis assegurar a gratuidade do serviço para os usuários respectivos, e não limitar a forma do seu financiamento.

Em suma, restou caracterizada a prática de atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/92.

A propósito, destaco o seguinte julgado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92 (LIA). SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO. EX-PREFEITO. ACÇÃO CULPOSA QUE ACARRETOU A SUSPENSÃO DE REPASSE, AO MUNICÍPIO, DE RECURSOS FEDERAIS ORIUNDOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. OCORRÊNCIA. LESÃO AO ERÁRIO. ART. 10 DA LIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 208 DO STJ. IRREGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. AFASTADA. DOSIMETRIA IMPOSTA NA SENTENÇA. REVISÃO. NECESSIDADE. AGRAVAMENTO DAS PENAS. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARCIALMENTE ACOLHIDO. NEGADO SEGUIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU.

- Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com a finalidade de obter a condenação do réu ao pagamento de multa civil, bem como ao ressarcimento integral do valor que deixou de ser repassado ao Município e à regularização da prestação de contas no ano de 2005.

- Afirma-se que o ex-prefeito de Uru/SP, no mandato referente ao quadriênio 2005-2008, praticou ato de improbidade tipificado nos artigos 10, *caput*, e 11, II, da Lei 8.429/92 (LIA) ao não implantar o Conselho de Alimentação Escolar (CAE) no Município, o que acarretou a suspensão de repasses de recursos federais oriundos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) no ano de 2006. O valor que deixou de ser repassado corresponde a R\$ 4.237,20 e destinava-se ao fornecimento de merenda aos alunos matriculados na rede pública

municipal de ensino.

- Alega-se, ainda, omissão da autoridade pública municipal quanto à prestação de contas do ano de 2005, o que configuraria ato de improbidade administrativa que atentaria contra os princípios da Administração Pública, conforme dispõe o artigo 11, VI, da LIA.

- A sentença julgou o feito parcialmente procedente e, com fundamento no artigo 12, II e parágrafo único da LIA, condenou o réu unicamente ao ressarcimento da quantia que deixou de ser transferida, com juros e correção monetária nos termos da taxa SELIC.

- Competência para o feito é da Justiça Federal em razão da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça, que determina competir à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal. Precedentes.

- A prestação de contas referente ao ano de 2005 foi apresentada regularmente pelo Município de Uru/SP perante o PNAE em 11.01.2006, dentro do prazo fixado em lei, que autorizava a prestação até 15.01.2006, conforme documentos apresentados. Tal circunstância foi mencionada na sentença, e foi o motivo da parcial procedência, transitando em julgado por não ter sido impugnada na apelação do Ministério Público Federal. Deste modo, há de ser afastada qualquer pretensão quanto a eventual sanção relacionada à prestação de contas pelo Prefeito.

- No que concerne à suspensão do repasse das verbas federais, a responsabilidade foi do próprio Município de Uru/SP ao não cumprir as exigências legais no momento do encaminhamento da documentação necessária ao FNDE.

- O CAE, como órgão democrático e plural, deve estar devidamente instituído para que o repasse do FNDE seja efetivado. A finalidade da norma é a de assegurar que pais de alunos, professores, membros da sociedade civil e do Poder Legislativo possam acompanhar a gestão das verbas federais encaminhadas à Municipalidade com o fito de suprir a merenda escolar dos alunos das escolas públicas municipais.

- À época dos fatos (01.2006), o dispositivo legal regulamentador da instituição do CAE era a Medida Provisória 2178-34, de 28.06.2001. Assim, conquanto o Município alegue que o CAE estava devidamente constituído, e que houve um equívoco apenas com relação a quem seria seu presidente à época dos fatos, em verdade verifica-se que não foi comprovada junto ao FNDE a constituição do CAE.

- Uma vez não constatada a formação do CAE, o FNDE, com supedâneo na legislação, suspendeu o repasse das verbas federais. O Município foi diversas vezes cientificado acerca dessas pendências, mas mesmo assim não regularizou a demonstração da composição da entidade, como evidencia a prova documental arregimentada. O Prefeito, por conseguinte, não observou seu dever de cuidado e, de forma negligente e imperita, deixou de informar a composição do CAE ao FNDE.

- Na condição de chefe do Poder Executivo do Município, ele tinha ciência de que o repasse das verbas federais condicionava-se, dentre outros requisitos, à prova, perante o FNDE, da instituição do CAE no Município. Ao descumprir a solicitação do FNDE, o Prefeito agiu com culpa e praticou o ato de improbidade tipificado no artigo 10, *caput*, da LIA.

- Há de ser afastada a alegação da Municipalidade de que a suspensão do repasse não gerou prejuízo aos alunos das escolas municipais porque o fornecimento da merenda escolar foi suprido com recursos do próprio Município. Isso porque a intenção da Medida Provisória 2178-34 foi a de assegurar aos Municípios um montante destinado exclusivamente à merenda escolar, liberando o orçamento municipal a outras finalidades de interesse social.

- Restou configurado, portanto, o ato de improbidade consistente na omissão culposa do Prefeito que ensejou perda patrimonial ao Município, nos termos do artigo 10, *caput*, da Lei 8.429/92. Convém ressaltar que as infrações previstas no artigo 10 desta lei exigem a presença do elemento subjetivo dolo ou culpa do agente para que sejam caracterizadas. Precedentes.

- Ao lado do elemento subjetivo, a improbidade administrativa prevista no artigo 10 da Lei de Improbidade necessita da lesão ao Erário para ficar caracterizada. No caso em tela, tal lesão consistiu na quantia total que deixou de ser transferida ao Município de Uru/SP durante os

três meses em que o repasse das verbas federais foi suspenso - R\$ 4.237,20.

- O juízo *a quo*, por seu turno, apenas condenou o réu a ressarcir o importe que deixou de ser repassado ao Município - R\$ 4.237,20 com juros e correção monetária nos termos da taxa SELIC - não fixando ou afastando, justificadamente, as outras sanções aplicáveis ao caso concreto.

- Nesse aspecto, a sentença merece reparos, pois devem ser observados os critérios da extensão do dano e do proveito patrimonial obtido pelo agente para aplicação das penas previstas na LIA. Precedentes.

- Dosimetria e cominação das sanções fixadas, nos termos do art. 12, parágrafo único, da LIA, na seguinte conformidade: mantida a obrigação de ressarcir a soma que deixou de ser repassada ao Município

- R\$ 4.237,20; cominada com multa civil correspondente ao valor do dano (R\$ 4.237,20). Afastada a Todos os valores devem ser corrigidos e receber a incidência de correção monetária nos termos da taxa SELIC.

- Perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de cinco anos são sanções demasiadamente graves, cuja aplicabilidade ao caso concreto há de ser afastada, com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por outro lado, devem ser afastadas as infrações capituladas nos artigos 11, II, e 12, II, da LIA, pois enquadrar um único ato praticado em duas ou mais tipificações consistiria em *bis in idem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

- Dá-se parcial provimento à apelação do autor e nega-se seguimento à apelação do réu.

(TRF/3ª Região, AC nº 1931426, Juíza convocada Leila Paiva, 6ª Turma, e-DJF3 de 12/07/2016)

Diante do exposto, *nego provimento* à remessa oficial, ao agravo retido de JOSE GILBERTO SAGGIORO e às apelações interpostas por MARIA LUIZA DAS GRAÇAS NUNES, QUERUBINS EXPEDITO FARIAS DEUS DARÁ e JOSE GILBERTO SAGGIORO. Mantenho, na íntegra, a sentença recorrida.

Oportunamente, comunique-se ao TRE-SP para as providências cabíveis.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0005429-90.2013.4.03.6104
(2013.61.04.005429-5)

Apelantes: GERSON FRANÇA E ANA MARIA FERREIRA FRANÇA
Apelados: UNIÃO FEDERAL, ANTÔNIO ARGENTO E OUTROS(AS)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO VICENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: Ap 2109208
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. TERRENO DE MARINHA. IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I - Cuida-se de sentença de fls. 22 dos autos, a qual julgou extinto o pedido de usucapião formulado por Gerson França e Outra em relação ao apartamento 84-A e respectiva garagem, do Edifício Caravelas, à Av. Manoel da Nóbrega 1.287 em São Vicente-SP, por falta de condição da ação, uma vez que o bem está inserido em terreno de marinha, sob regime de *ocupação*, sem possuir direito real de enfiteuse.

II - No caso em análise, é inconteste que os bens objeto de usucapião sofrem restrições absolutas que o impedem de ser suscetível de prescrição aquisitiva, uma vez que cadastrados no SPU sob nº 7121.0007410-16 e 7121.0007369-50, ambos em regime de ocupação, em nome de *Antonio Argenti*.

III - Em razão disso, há empecilho jurídico a impedir o desenvolvimento do processo de usucapião, considerando ainda que os bens não são classificados como enfiteutico - o que propiciaria, *in casu*, a sorte da demanda - aplicando-se diretamente os ditames dos artigos 183, parágrafo 3º e 191 da Carta Magna, impedindo que os bens públicos sejam adquiridos pela via da usucapião.

IV - 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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de julho de 2018.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Cuida-se de sentença de fls. 22 dos autos, a qual julgou extinto o pedido de usucapião

formulado por Gerson França e Outra em relação ao apartamento 84-A e respectiva garagem, do Edifício Caravelas, à Av. Manoel da Nóbrega 1.287 em São Vicente-SP, por falta de condição da ação, uma vez que o bem está inserido em terreno de marinha, sob regime de ocupação, sem possuir direito real de enfiteuse.

Apelação dos autores às fls. 255 dos autos, e contrarrazões da União às fls. 282 dos presentes.

Parecer do MPF às fls. 294 dos autos, no sentido da manutenção da sentença recorrida. É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

No caso em análise, é inconteste que os bens objeto de usucapião sofrem restrições absolutas que o impedem de ser suscetível de prescrição aquisitiva, uma vez que cadastrados no SPU sob nº 7121.0007410-16 e 7121.0007369-50, ambos em regime de ocupação, em nome de *Antonio Argenti*.

Em razão disso, há empecilho jurídico a impedir o desenvolvimento do processo de usucapião, considerando ainda que os bens não são classificados como enfiteutico - o que propiciaria, *in casu*, a sorte da demanda - aplicando-se diretamente os ditames dos artigos 183, parágrafo 3º e 191 da Carta Magna, impedindo que os bens públicos sejam adquiridos pela via da usucapião.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. TERRENO DE MARINHA. BEM DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENFITEUSE. NÃO COMPROVAÇÃO. REGIME DE OCUPAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Rejeitada a preliminar da União de inovação do pedido em sede de apelação. Verifica-se dos autos que o pedido contido na inicial se refere à declaração de usucapir o domínio útil do imóvel, e ainda que os autores tivessem pleiteado apenas em sede recursal, o pedido de usucapião do domínio pleno do imóvel engloba o útil.

2. São terrenos de marinha as faixas de terra com profundidade de 33 metros contados do início do mar para dentro do continente, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 9.760/46.2.

3. Restou comprovado nos autos que o imóvel em questão se encontra cadastrado em regime de ocupação junto à Secretaria do Patrimônio da União - SPU.

4. Na ocupação não existem vínculos jurídicos definitivos entre o ocupante e o bem ocupado, estando ela caracterizada pela precariedade, enquanto na enfiteuse o vínculo é seguro, constituindo um direito real imobiliário.

5. Impossibilidade de usucapião por ausência de demonstração do domínio útil de imóveis públicos, inexistindo prévia enfiteuse.

6. Os terrenos de marinha, reconhecidos constitucionalmente como bens públicos (CF/88, art. 20, inciso VII), não podem ser adquiridos por usucapião, conforme preceitua o art. 183 da Constituição Federal.

7. Apelação desprovida.

(TRF-3, Apel. Cível nº 1830719, DJF 12.03.2018, 5º Turma, Des. Fed. Mauricio Kato).

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação de *Gerson França e Outra* para manter, na íntegra, a sentença recorrida.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009860-25.2013.4.03.6119
(2013.61.19.009860-7)

Apelante: ADÃO JOSÉ RIBEIRO
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: Ap 2245665
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO NO CADIN. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à indenização por danos morais pleiteada em razão de inscrição do nome do requerente no CADIN.
2. O mérito da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar.
3. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.
4. Em tese, é patente a aplicação do instituto da responsabilidade civil tendo em vista a prática de uma conduta comissiva, qual seja, a inscrição em cadastro de devedores. No caso dos autos, contudo, o demandante procedeu à declaração do imposto de forma equivocada, induzindo o Fisco a erro na cobrança do IR.
5. É certo que a responsabilidade pela retificação da declaração é do próprio contribuinte, podendo este discutir administrativamente as incompatibilidades apresentadas em sua declaração. Ocorre que, o autor interpôs recurso administrativo intempestivo, isto é, perdeu a chance de discutir o engano cometido administrativamente.
6. Assim, ainda que a jurisprudência do STJ entenda que a inscrição ou manutenção indevida de contribuinte no CADIN gera dano moral *in re ipsa*, é nítido que, no presente caso, houve exclusão da responsabilidade civil por culpa exclusiva da vítima.
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, 18 de julho de 2018.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por Adão José Ribeiro contra sentença que julgou parcialmente procedente a respectiva ação ordinária proposta em face da União Federal.

Segundo consta na inicial, o autor recebeu acumuladamente valores atrasados, no bojo de ação revisional de benefício previdenciário (autos nº 0004589-91.2000.403.6183), tendo incidido IRPF sobre o montante total, isto é, pelo regime de caixa.

Afirma que se o imposto tivesse sido calculado corretamente, isso é, pelo regime de competência, não haveria débito tributário. Informa que foi mal instruído por seu contador, tendo enviado para Recita Federal declaração erroneamente.

Requer o reconhecimento da irregularidade da cobrança, com refazimento dos cálculos, e indenização por danos morais em razão da inclusão do nome do requerendo no CADIN.

O Magistrado *a quo* determinou o refazimento dos cálculos do IRPF, observando-se o regime de competência, com observância da faixa de isenção. Ademais não vislumbrou ocorrência de danos morais.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação questionando apenas a indenização por danos morais.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

A questão posta nos autos diz respeito à indenização por danos morais pleiteada em razão de inscrição do nome do requerente no CADIN.

O mérito da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sob a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no

recurso extraordinário nº 109.615, ilustra com clareza a norma do referido artigo:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

(RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081)

Em tese, é patente a aplicação do instituto da responsabilidade civil tendo em vista a prática de uma conduta comissiva, qual seja, a inscrição em cadastro de devedores.

No caso dos autos, contudo, o demandante procedeu à declaração do imposto de forma equívoca, induzindo o Fisco a erro na cobrança do IR.

É certo que a responsabilidade pela retificação da declaração é do próprio contribuinte, podendo este discutir administrativamente as incompatibilidades apresentadas em sua declaração. Ocorre que, o autor interpôs recurso administrativo intempestivo, isto é, perdeu a chance de discutir o engano cometido administrativamente.

Assim, ainda que a jurisprudência do STJ entenda que a inscrição ou manutenção indevida de contribuinte no CADIN gera dano moral *in re ipsa*, é nítido que, no presente caso, houve exclusão da responsabilidade civil por culpa exclusiva da vítima.

É de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da autora.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0000378-71.2014.4.03.6134

(2014.61.34.000378-9)

Agravantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF E PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA - SP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA - SP

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AMERICANA - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA

Classe do Processo: Ap 2206324

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2018

EMENTA

AGRAVO INTERNO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ADMINISTRATIVO - ATENDIMENTO BANCÁRIO - TEMPO DE ESPERA EM FILA - VALOR DA MULTA - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

1. O auto de infração, correspondente à quinta reincidência, foi lavrado em 28 de abril de 2011.

2. Nos termos do artigo 5º, da Lei Municipal 4.239/2005, com a redação dada pelas Leis Municipais nº 4.381/2006 e 4.933/2009, em caso de reincidência, a multa prevista no inciso anterior será cobrada em dobro, considerando, como referência para essa nova autuação, a penalidade pecuniária imposta na autuação imediatamente anterior.

3. À infração imediatamente anterior (quarta reincidência), cujo auto de infração foi lavrado em 11 de julho de 2008, foi imposta multa no valor de R\$ 10.000,00.

4. É cabível a redução do valor da multa, referente à quinta reincidência, de R\$ 160.000,00 para R\$ 20.000,00.

5. Agravo interno do Município provido. Remessa oficial e agravo interno da Caixa Econômica Federal improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo interno do Município e negar provimento à remessa oficial e ao agravo interno da Caixa Econômica Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de julho de 2018.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

Trata-se de agravos internos interpostos contra decisão que negou provimento à apelação e deu provimento à remessa oficial. O valor da multa referente à quinta reincidência em excesso de tempo de espera, para atendimento em instituição bancária, foi reduzido de R\$ 160.000,00 para R\$ 20.000,00 (fls. 181/182).

A Caixa Econômica Federal, agravante, requer a reforma da decisão. Afirma que o valor da multa viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (fls. 192/193).

O Município, nas razões de agravo (fls. 221/224), afirma o caráter extra petita da decisão, porque houve adequação dos valores de multas que não são objeto de discussão nestes autos (da primeira à quarta reincidências). Requer a reforma da decisão, a fim de que seja mantida apenas a redução do valor da multa referente à quinta reincidência.

Contraminutas (fls. 214/217 e 226).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

Trata-se de ato judicial publicado antes de 18 de março de 2016, sujeito, portanto, ao regime recursal previsto no Código de Processo Civil de 1973.

A jurisprudência é pacífica, no sentido de que a eventual insurgência recursal é disciplinada pela lei processual vigente na data da publicação do ato judicial impugnável. Confira-se:

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL CONTRA DECISÃO DE RELATOR NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE.

1. O agravo das decisões de Relator no Supremo Tribunal Federal deve ser apresentado na própria Corte, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC/1973, aplicável em razão de a decisão recorrida ser anterior a 18/3/2016 (data de vigência do Novo CPC).

2. Agravo regimental não conhecido.

(ARE 906668 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 14/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 27-10-2016 PUBLIC 28-10-2016).

Assiste razão ao Município.

A decisão ora agravada retificou o valor da multa aplicada quando da terceira incidência (fl. 91), a qual não é objeto dos presentes embargos à execução (fl. 91).

Quanto à multa referente à quinta reincidência, foi determinada a redução do valor, de R\$ 160.000,00 para R\$ 20.000,00. A Caixa Econômica Federal, ora agravante, afirma que esse valor viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A Constituição Federal:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

A jurisprudência:

DEFINIÇÃO DO TEMPO MÁXIMO DE ESPERA DE CLIENTES EM FILAS DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR. ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 610221 RG, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 29/04/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-05 PP-01137)

No caso concreto, o auto de infração, correspondente à quinta reincidência, foi lavrado em 28 de abril de 2011 (fls. 30), nos termos do artigo 5º, da Lei Municipal 4.239/2005, *com a redação dada pelas Leis Municipais nº 4.381/2006 e 4.933/2009*:

Artigo 5º O descumprimento das disposições contidas nesta lei acarretará ao infrator as seguintes penalidades:

I - advertência, quando da primeira infração;

II - imposição de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), reajustáveis anualmente pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), nos termos da Lei nº 3.610, de 26 de dezembro de 2001, ou por outro indexador que vier a substituí-lo ou modificá-lo por força de lei

III - em caso de reincidência, a multa prevista no inciso anterior será cobrada em dobro, considerando, como referência para essa nova autuação, a penalidade pecuniária imposta na autuação imediatamente anterior.

À infração imediatamente anterior (quarta reincidência), cujo auto de infração foi lavrado em 11 de julho de 2008, foi imposta multa no valor de R\$ 10.000,00 (fls. 88).

Assim, é cabível a redução do valor da multa, referente à quinta reincidência, de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Por estes fundamentos, dou provimento ao agravo interno do Município e nego provimento à remessa oficial e ao agravo da Caixa Econômica Federal.

É o meu voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0000014-37.2015.4.03.0000

(2015.03.00.000014-1)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravado: LEONARDO PAVANELLI GOMES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 548167

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2018

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROCESSO SELETIVO PARA O CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS AVIADORES DA AERONÁUTICA/FAB. EXAME DE APTIDÃO PSICOLÓGICA: *REPROVAÇÃO* DO CANDIDATO. INSURGÊNCIA JUDICIAL CONTRA O RESULTADO NEGATIVO. LAUDO PSICOLÓGICO ENCOMENDADO PELA PARTE NÃO SE SOBREPÕE ÀS CONCLUSÕES DO RIGOROSO EXAME REALIZADO PELA AERONÁUTICA. CABE AO JUDICIÁRIO TER RESPONSABILIDADE PARA COM O INTERESSE COLETIVO, QUE SOBREPÕE O INDIVIDUAL. RECURSO PROVIDO. TUTELA CASSADA.

1. O Exame de Aptidão Psicológica é revestido de legalidade, conforme previsto na Lei nº 12.464/11, pela Portaria que baixou as instruções específicas ao certame, com supedâneo no art. 10 do Estatuto dos Militares, que determina o cumprimento do previsto em lei e regulamentos militares, como condição de ingresso nas Forças Armadas.
2. Inscrevendo-se no certame, o autor/agravado *aceitou* os termos do edital; depois de reprovado no teste de *aptidão psicológica* - para curso que resulta em ser eventualmente admitido para pilotar aviões de guerra, de alta tecnologia e inçados de armas perigosas - o autor se insurgiu contra o resultado negativo.
3. O laudo psicológico encomendado e pago pelo autor não pode sobrepujar as conclusões do *rigoroso exame psicológico feito pela aeronáutica*.
4. Não é papel do Judiciário, sob a frouxa afirmação de suposta ofensa a garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inexistentes, no caso), cometer a irresponsabilidade de validar *liminarmente* a inclusão em curso de formação de pilotos militares, alguém que foi reprovado num dos exames mais necessários para o desempenho daquela atividade militar: a avaliação psicológica.
5. É preciso ter responsabilidade com o interesse coletivo - que sobrepuja o interesse individual - no sentido de se evitar que alguém inapto tome assento na carlinga de aeronave militar, pois as consequências são funestas e nenhuma “garantia constitucional” vai trazer de volta as vítimas de um possível acidente.
6. Agravo de instrumento provido. Tutela cassada.

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 maioria, dar provimento ao agravo de instrumento e cassar a tutela antecipada, nos termos do voto do Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, vencida a Relatora, que lhe negava provimento.

São Paulo, 05 de julho de 2018.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator para Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a r. decisão que, em ação pelo rito ordinário, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para assegurar ao autor, em caráter provisório, a participação nas demais etapas do processo seletivo para admissão ao curso de formação de oficiais aviadores da Aeronáutica do ano de 2015, inclusive para realização do Teste de Aptidão à Pilotagem Militar, devendo a parte ré adotar as providências necessárias.

Pretende a agravante a reforma da r. decisão agravada, alegando, em síntese, que a manutenção do agravado no certame, sem que tenha cumprido requisitos essenciais para o prosseguimento, causa prejuízos à Administração, bem como afronta aos regulamentos internos da Aeronáutica e revela desrespeito à isonomia no que toca aos demais candidatos; que a escolha do método de avaliação cabe aos técnicos da área competente, no caso, da Força Aérea Brasileira, uma vez que o curso em questão visa à formação de futuros oficiais aviadores; que cabe à Administração Pública Federal optar, entre os vários métodos existentes, por aquele que melhor se adequa à finalidade proposta; que a exigência de aprovação em exame psicológico para ingresso na atividade militar se vincula aos dispositivos normativos correspondentes ao certame, de forma a atender intrínseca e extrinsecamente aos princípios da existência, validade e eficácia que lhe dão o devido substrato jurídico; que o Exame de Aptidão Psicológica é revestido de legalidade, conforme previsto na Lei 12.464/11, pela Portaria que baixou as instruções específicas ao certame, com supedâneo no art. 10 do Estatuto dos Militares, que determina o cumprimento do previsto em lei e regulamentos militares, como condição de ingresso nas Forças Armadas.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido.

Com contraminuta, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Não assiste razão à agravante.

A decisão liminar proferida nestes autos, cujas razões são mantidas como fundamento para decidir, segue abaixo transcrita:

(...) A agravante interpôs o presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a r. decisão de fls. 144/145 vº dos autos originários (fls. 157/158 vº destes autos) que,

em sede de ação ordinária, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para assegurar ao autor, em caráter provisório, a participação nas demais etapas do processo seletivo para admissão ao curso de formação de oficiais aviadores da Aeronáutica do ano de 2015, inclusive para realização do Teste de Aptidão à Pilotagem Militar, devendo a parte ré adotar as providências necessárias.

Pretende a agravante a reforma da r. decisão agravada, alegando, em síntese, que a manutenção do agravado no certame, sem que tenha cumprido requisitos essenciais para o prosseguimento, causa prejuízos à Administração, bem como afronta aos regulamentos internos da Aeronáutica e revela desrespeito à isonomia no que toca aos demais candidatos; que a escolha do método de avaliação cabe aos técnicos da área competente, no caso, da Força Aérea Brasileira, uma vez que o curso em questão visa à formação de futuros oficiais aviadores; que cabe à Administração Pública Federal optar, entre os vários métodos existentes, por aquele que melhor se adequa à finalidade proposta; que a exigência de aprovação em exame psicológico para ingresso na atividade militar se vincula aos dispositivos normativos correspondentes ao certame, de forma a atender intrínseca e extrinsecamente aos princípios da existência, validade e eficácia que lhe dão o devido substrato jurídico; que o Exame de Aptidão Psicológica é revestido de legalidade, conforme previsto na Lei nº 12.464/11, pela Portaria que baixou as instruções específicas ao certame, com supedâneo no art. 10 do Estatuto dos Militares, que determina o cumprimento do previsto em lei e regulamentos militares, como condição de ingresso nas Forças Armadas. Não assiste razão à agravante.

Como é sabido, o agravado participou do Concurso de Admissão ao curso de Formação de Oficiais Aviadores (CFOAV-2015), tendo sido contraindicado no exame psicológico e, consequentemente, eliminado do respectivo certame.

Da análise dos autos, depreende-se que não foi permitido ao agravado o acesso às suas avaliações, com a devida fundamentação, bem como aos testes aplicados que conduziram ao resultado final de inaptidão psicológica.

In casu, a ausência de disponibilização da avaliação psicológica em sua inteireza, que concluiu pela inaptidão do agravado para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo almejado, ofende as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A respeito do tema, trago à colação a ementa do seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. CONCURSO PÚBLICO. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO DE SARGENTOS DA AERONÁUTICA. EXAME PSICOTÉCNICO. DIVULGAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO E DO PERFIL PROFISSIONOGRÁFICO DO CARGO. NECESSIDADE.

- Ação cautelar, com pedido de liminar, visando assegurar a permanência do candidato nas fases seguintes de concurso para Sargento da Aeronáutica.

- Avaliação psicológica que concluiu pela inaptidão do impetrante para o ingresso no Curso de Formação de Sargento da Aeronáutica.

- Legalidade do exame psicotécnico nos concursos para o ingresso na carreira policial e militar, desde que observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

- Hipótese em que não houve a divulgação dos critérios de avaliação (caráter sigiloso), nem foi permitida a interposição de recurso (caráter irrecurável).

- Improvimento da apelação e da remessa oficial.”

(TRF-5ª Região, Apelação Cível nº 200181000139051, Terceira Turma, rel. Des. Fed. Ridalvo Costa, DJ 21/08/2006, p. 754).

De outro lado, há manifesta divergência entre o resultado de inaptidão divulgado no tocante à admissão para o curso de Formação de Oficiais Aviadores (fls. 123) e aquele (de aptidão psicológica) para o curso de Formação de Sargentos da Aeronáutica (fls. 152), lembrando, ainda, que também foi apresentado nos autos o laudo psicológico de fls. 119/122, que considerou o agravado apto para o exercício no curso de formação de Oficiais Aviadores.

Assim sendo, deve ser mantida, por ora, a eficácia da r. decisão agravada, em razão da con-

trovêrsia instaurada, que deverá ser devidamente dirimida nos autos originários, após regular instrução probatória.

Em face do exposto, *INDEFIRO* o efeito suspensivo pleiteado.

Da análise do presente feito, exsurge a necessidade de apreciação mais aprofundada de documentos, alegações e quadro probatório a ser produzido nos autos principais, para a elucidação do mérito trazido em Juízo.

Considerando, no entanto, a plausibilidade das alegações formuladas pelo agravado-autor, consistentes na ausência de disponibilização da avaliação psicológica e dos critérios para a conclusão pela sua inaptidão, em ofensa as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com possibilidade de reconhecimento da procedência de seus pedidos e risco de dano irreparável na hipótese de imediata exclusão do certame, a r. decisão recorrida deve ser mantida.

Em face de todo o exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator para Acórdão):

O Exame de Aptidão Psicológica é revestido de legalidade, conforme previsto na Lei nº 12.464/11, pela Portaria que baixou as instruções específicas ao certame, com supedâneo no art. 10 do Estatuto dos Militares, que determina o cumprimento do previsto em lei e regulamentos militares, como condição de ingresso nas Forças Armadas. Inscrevendo-se no certame, o autor/agravado ACEITOU os termos do edital; depois de reprovado no teste de aptidão psicológica - para curso que resulta em ser aprovado para pilotar aviões de guerra, de alta tecnologia e içados de armas perigosas - o autor se insurgiu contra o resultado negativo. É a praxe em todos os casos em que isso ocorre: lançar ao Judiciário a responsabilidade de colocar na carlinga de um avião de combate da FAB alguém que a própria FAB entendeu não ter capacitação psicológica para esse mister. A aprovação em exame psicológico para Sargento não tem nada a ver com a aptidão psicológica para ser OFICIAL aviador. Isso é de conhecimento básico. Óbvio que o laudo psicológico encomendado e pago pelo autor não pode sobrepujar as conclusões do RIGOROSO EXAME PSICOLÓGICO FEITO PELA AERONÁUTICA, cuja seriedade e o respeito pela pessoa do examinando este Desembargador conhece.

Não é papel do Judiciário, sob frouxa afirmação de suposta ofensa a garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, cometer a *irresponsabilidade* de validar *liminarmente* a inclusão em curso de formação de pilotos militares, alguém que foi *reprovado* num dos exames mais necessários: a avaliação psicológica.

É preciso ter responsabilidade com o *interesse coletivo* - que sobrepuja o interesse individual - no sentido de se evitar que alguém inapto tome assento na carlinga de aeronave militar, pois as consequências são funestas e nenhuma “garantia constitucional” vai trazer de volta as vítimas de um possível acidente.

Deveras, aqui não se discute o resultado de uma prova de processo civil, penal, tributário, administrativo ou coisa que o valha; também não se questiona aptidão para ingressar no serviço público civil, onde, de regra, um inapto não causa lesões ou mortes.

Aqui se trata de inserir na Academia da Força Aérea, *sem sinal preliminar de aptidão psicológica*, alguém a quem poderão ser entregues os comandos, pelo menos, de um avião de treinamento, com as consequências previsíveis caso a psique do piloto não possa corresponder a situação de estresse própria da condução de aeronaves militares.

DOU PROVIMENTO AO AGRAVO e cassou a tutela antecipada.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator para Acórdão

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0001673-17.2015.4.03.6100

(2015.61.00.001673-5)

Recorrente: GUSTAVO FARINHA PINTO SARAIVA

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: GUSTAVO FARINHA PINTO SARAIVA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESENBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR (VICE-PRESIDENTE)

Classe do Processo: ApReeNec 370501

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2018

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto pelo impetrante a desafiar acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Alega-se violação aos artigos 1º, § 4º, 2º, *caput*, 6º, *caput* e §§ 1º e 2º, da LINDB, sustentando o recorrente que os atos jurídicos regem-se pelas leis vigentes ao tempo de sua prática, e embora a nova lei passe a vigorar a partir de sua publicação, produzindo efeitos imediatos e gerais, deve respeitar os atos consumados na vigência da norma anterior, consubstanciados no ato jurídico perfeito e o direito adquirido, bem como a violação do artigo 30, § 5º, da Lei nº 4.375/64, o artigo 95, do Decreto nº 57.654/66, não receptividade da Lei nº 5.292/67 e inconstitucionalidade da Lei nº 12.336/10, por afrontarem o princípio da isonomia.

DECIDO

Primeiramente, não cabe o especial para enfrentamento da alegação de violação a dispositivos e princípios constitucionais, haja vista que tal matéria é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, devendo, portanto, ser objeto de recurso próprio, dirigido à Suprema Corte. Nesse sentido, já se decidiu que “não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal” (STJ, Primeira Turma, AgRg no RESP nº 1.228.041/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 15.08.2014).

Incabível também o recurso quanto a eventual violação do artigo 95, do Decreto nº 57.654/66, tendo em vista o recurso especial não ser cabível para aferir suposta contrariedade a normas regulamentares, porquanto referidos atos, de natureza administrativa, não se enquadram no conceito de lei federal para efeito de cabimento de recurso especial. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO DECRETO N. 3.048/99. ATO NORMATIVO INFRALEGAL QUE NÃO SE INSERE NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. DESCABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O recurso especial, nos limites delineados no art. 105, III, da Constituição da República, destina-se à uniformização da interpretação de atos normativos infraconstitucionais expedidos pela União, razão pela qual não se presta à análise de possível violação de decreto regulamentar. Precedentes.

2. O acórdão invocado pela Autarquia Previdenciária em defesa de sua tese, EREsp 919.274, tratava especificamente do Decreto n. 2.040/96 que, embora editado com base no artigo 84,

inciso IV, da Constituição Federal, foi considerado como verdadeira lei em sentido material pela Corte Especial deste Tribunal, hipótese, pois, distinta da situação destes autos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1270542/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 29/10/2014)

Do mesmo modo, não prospera o recurso quanto aos demais fundamentos.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu nos embargos de declaração opostos no Recurso Especial Repetitivo - *REsp 1.186.513/RS* - submetido ao regime do artigo 543-C do CPC/1973 e da Resolução STJ 8/08, que a Lei 12.336/2010 deve ser aplicada aos concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que foram dispensados de incorporação, mas ainda não convocados, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ESTUDANTE. ÁREA DE SAÚDE. LEIS 5.292/1967 E 12.336/2010.

1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar, compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967.

2. As alterações trazidas pela Lei 12.336 passaram a vigor a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários, ou seja, àqueles que foram dispensados de incorporação antes da referida lei, mas convocados após sua vigência, devem prestar o serviço militar.

3. Embargos de Declaração acolhidos.

(STJ, Primeira Seção, EDcl no REsp 1.186.513/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 12.12.2012, DJe 14.02.2013)

A fim de confirmar que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o mencionado repetitivo, cumpre transcrever a íntegra do voto proferido quando do julgamento dos referidos embargos de declaração:

A controvérsia trazida a esta Primeira Seção e analisada em recurso repetitivo diz respeito à sujeição à prestação do serviço militar obrigatório aos estudantes dispensados por excesso de contingente, de acordo com a Lei 5.292/1967.

No caso em exame, o impetrante do *mandamus* foi dispensado do serviço militar por excesso de contingente em 24 de novembro de 1999 e, após a conclusão do curso de Medicina, cuja colação de grau ocorreu em 16 de junho de 2007, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, foi convocado para prestar o serviço militar obrigatório, com fulcro no art. 4º, § 2º, da citada lei.

O Tribunal *a quo*, no entanto, ao confirmar o decisório monocrático, concedeu a Segurança, declarando a nulidade do ato administrativo que convocou o impetrante para prestar o serviço militar e, por consequência, a sua dispensa da obrigação.

Tal orientação foi confirmada por esta Corte, na sessão de 14/3/2011, com base na reiterada jurisprudência no sentido de que os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967. Não obstante a dissonância com o § 2º do citado dispositivo, deve prevalecer o entendimento firmado no *caput*.

Não há qualquer omissão nesse julgado quanto à referida legislação.

Todavia, no tocante à aplicabilidade da Lei 12.336/2010, arguida nestes Embargos Declaratórios, reconheço a importância de tal esclarecimento, mormente porque a referida legislação foi efetivamente citada no acórdão embargado.

A questão restringe-se em saber se a Lei 12.336/2010 se refere “àqueles que já foram dispensados mas ainda não convocados posteriormente, ou somente àqueles que forem dispensados após sua vigência” - fl. 193.

Reza o referido texto legal (grifei):

“Art. 4º. Os concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que não tenham prestado o serviço militar inicial obrigatório no momento da convocação de sua classe, por adiamento ou dispensa de incorporação, deverão prestar o serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do respectivo curso ou após a realização de programa de residência médica ou pós-graduação, na forma estabelecida pelo *caput* e pela alínea ‘a’ do parágrafo único do art. 30, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e em sua regulamentação.”

Consoante anotado na decisão embargada, entendo que as alterações trazidas pela Lei 12.336 passaram a vigor a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos “concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários”, ou seja, àqueles estudantes que foram dispensados, mas ainda não convocados.

Com efeito, vale adotar, *in casu*, por analogia, o mesmo raciocínio desta Corte quando firmou o entendimento de não haver direito adquirido do servidor a regime jurídico. Nesse sentido, exemplifico:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA (GAE). LEI 11.907/2009. PLANO ESPECIAL DE CARGOS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA (PECFAZ).

INCORPORAÇÃO DA GAE AO VENCIMENTO BÁSICO. INVIÁVEL EM RECURSO ESPECIAL ANALISAR SE A GAE FOI CORRETAMENTE INCORPORADA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO E REMUNERATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, ao solver a contenda, afirmou que, a teor do disposto na Lei 11.907/2009, a partir de 29 de agosto de 2008, o valor da Gratificação de Atividade (GAE), de que trata a Lei Delegada 13/1992, foi incorporado ao vencimento básico dos Servidores integrantes do PECFAZ. No contexto, analisando a nova tabela de remuneração, destacou que foram estabelecidos novos valores com a absorção da GAE, retroativamente a 10. de julho de 2008, nos moldes do comando legal.

2. A desconstituição do aresto vergastado, a fim de verificar se a GAE foi corretamente incorporada aos vencimentos da recorrente, não prescinde do revolvimento de fatos e provas, providência inviável em sede de Recurso Especial, consoante prescreve a Súmula 7/STJ.

3. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é a de que não há direito adquirido do Servidor a determinado regime jurídico e remuneratório.

4. Agravo Regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 1306590/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/09/2012).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VPNI - VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA. QUINTOS. REAJUSTE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A PERMANÊNCIA DE REGIME JURÍDICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DECISÃO PROFERIDA EM ÂMBITO DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO RE 563/965/RN. PRECEDENTES.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. É cediço que a natureza do vínculo que liga o servidor ao Estado é de caráter legal e pode,

por conseguinte, sofrer modificações no âmbito da legislação ordinária pertinente, as quais o servidor deve obedecer, de modo que não há direito adquirido do servidor a determinado regime jurídico, nos termos de tranquila jurisprudência da Suprema Corte. Precedentes.

3. Considerando a mudança operada pela Lei Estadual nº 2.531/99, na forma do cálculo dos valores referentes à vantagem em análise e a inexistência de perdas remuneratórias, conforme expressamente consignado pelo Tribunal *a quo*, não há que se falar na existência de direito líquido e certo a embasar a pretensão exposta no presente recurso.

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no RMS 35.930/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/09/2012).

Diante do exposto, *acolho os Embargos de Declaração* para esclarecer que a Lei 12.336/2010 deve ser aplicada aos concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que foram dispensados de incorporação, mas ainda não convocados.

É como *voto*.

Desse modo, tendo em vista que o impetrante concluiu seu curso em 2014, posteriormente, portanto, à vigência da Lei nº 12.336/10, tendo sido dispensado de incorporação por excesso de contingente em 29.05.2007, o paradigma se adequa perfeitamente ao caso em concreto.

Ante o exposto, *NEGO SEGUIMENTO* ao recurso especial.

Int.

São Paulo, 11 de julho de 2018.

NERY JÚNIOR - Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL
0002895-38.2016.4.03.6115
(2016.61.15.002895-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelados: ADRIANA CAVALIERI SAIS E OUTROS(AS)
Parte Ré: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS - UFSCAR
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: Ap 2294189
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2018

EMENTA

SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO TRANSPORTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO. DESLOCAMENTO COM VEÍCULO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE

1. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.
2. Desnecessidade de comprovação, pelo servidor, da efetiva utilização de transporte público para percepção do auxílio transporte. Precedentes.
3. Faz jus ao recebimento do benefício o servidor que se desloca ao local de serviço utilizando-se de veículo próprio. Precedentes.
4. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

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, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de julho de 2018.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Adriana Cavalieri Sais e Outros objetivando o reconhecimento de direito ao recebimento de auxílio-transporte por servidor que utilize veículo próprio para locomoção ao local de trabalho, sem a necessidade de comprovação mensal das despesas com transporte.

Às fls. 181/182-verso, foi proferida sentença julgando procedente a ação para "determinar à UFSCAR que se abstenha de exigir os bilhetes de passagem utilizados para locomoção para fins de pagamento de auxílio-transporte, desde a data da edição da Orientação Normativa n 04/2011, independentemente do meio de locomoção ao local de trabalho utilizado pelos autores, bem como não efetue descontos relativos aos meses já pagos por essa mesma razão, sem pre-

juízo de apuração, mediante procedimento administrativo, de responsabilidade dos servidores contra os quais recaia alguma suspeita no recebimento irregular do auxílio-transporte, com observância do disposto na Medida Provisória 2.165-36 de 23/08/2001”.

Apela a UFSCar às fls. 186/190, sustentando, preliminarmente, ilegitimidade passiva e, no mérito, que a concessão do benefício na forma requerida não encontra amparo legal e que o Judiciário não tem função legislativa, a decisão afrontando a separação de Poderes.

Com contrarrazões da parte autora subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Versa a pretensão deduzida questão de condicionamento do recebimento do auxílio-transporte à utilização de transporte coletivo e à apresentação dos bilhetes utilizados.

Ao início, rejeito a alegação de ilegitimidade passiva da UFSCar, tendo em vista que a lide decorre da relação estatutária estabelecida entre a autarquia e os servidores, ressaltando-se ainda que os atos ora questionados foram editados pela própria UFSCar.

O auxílio-transporte, instituído pela Medida Provisória nº 2.165-36, foi regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.880/98. Ambas as disposições normativas estabelecem que, para os servidores fazerem jus ao referido auxílio, basta simples declaração.

Em caso de suspeita de fraude, deve a Administração valer-se de sindicância ou processo administrativo, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Desta forma, as exigências contidas na Orientação Normativa nº 04/2011 do MPOG extrapolam os limites legais estabelecidos na Medida Provisória nº 2.165-36 e no Decreto Presidencial nº 2.880/98.

Afirmando a desnecessidade de comprovação pelo servidor do uso do transporte público para o recebimento do auxílio-transporte é a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO TRANSPORTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO.

I - Desnecessidade de comprovação, pelos servidores, da efetiva utilização de transporte público para percepção de auxílio transporte. Precedentes.

II - Verba honorária majorada.

III - Apelação do autor provida. Apelações da União e da UFSCar - Fundação Universidade Federal de São Carlos desprovidas.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1956664 - 0001952-60.2012.4.03.6115, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 03/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2015)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL. ART. 557 CPC. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE. COMPROVANTE. DESNECESSIDADE. AGRAVO LEGAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Para a concessão do auxílio-transporte basta a declaração firmada pelo servidor, que ateste a realização das despesas com transporte. As informações prestadas pelo servidor presumem-se verdadeiras. Medida Provisória 2.165/2001, art. 6º. Considerando que a declaração do servidor goza, nos termos da lei, de presunção de veracidade, afigura-se desnecessária a

apresentação dos bilhetes das passagens, ainda que se considere o caráter indenizatório do auxílio em tela. Agravo legal a que se nega provimento.

(AC- 00242698320014036100, Juiz Federal Convocado FERNANDO MENDES, TRF-3, PRIMEIRA TURMA, 23/1/2013)

AGRAVO LEGAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. AUXÍLIO-TRANSPORTE. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE BILHETES DE PASSAGEM. DECLARAÇÃO FIRMADA PELO SERVIDOR. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ART. 6º, § 1º DA MP 2.165-36/2001. INVESTIGAÇÃO ACERCA DA VERACIDADE DAS DECLARAÇÕES POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

I - Admissível o julgamento dos recursos de apelação interpostos pelas partes nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil uma vez que a análise das questões abordadas nos autos foi amparada em entendimento jurisprudencial pátrio dominante, o que, por si só, já afasta qualquer irregularidade a respeito. Ademais, eventual violação aos princípios do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional, decorrente da aplicação do art. 557 do CPC, fica superada, desde logo, com a apreciação do presente agravo legal pelo órgão colegiado.

II - *O artigo 6º da Medida Provisória nº 2.165-36/2001 estabelece que o auxílio-transporte será concedido mediante a declaração do servidor e que as informações por ele prestadas presumem-se verdadeiras. Tal presunção, contudo, é relativa, podendo a sua veracidade ser verificada tanto na esfera administrativa, quanto na penal ou civil.*

III - *Diante de tal presunção, torna-se descabida a apresentação mensal dos bilhetes de passagem como condicional para o pagamento do referido auxílio.*

IV - *A ilegalidade da conduta da Administração em condicionar o pagamento do auxílio-transporte à apresentação de bilhetes de viagem não significa que ela não possa investigar a veracidade das declarações prestadas pelos servidores. Pelo contrário: a mesma não só pode, como deve, diante de indícios de inveracidade de tais declarações, proceder à devida investigação, não só por força do art. 6º, § 1º da MP nº 2.165-36/2001, mas também em função dos princípios constitucionais a que está adstrita, em especial, moralidade, eficiência e legalidade.*

V - Agravo legal improvido.

(AC 00069740820024036000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/09/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO TRANSPORTE. EXIGÊNCIA DA LEI. DECLARAÇÃO DO BENEFICIÁRIO.

1. *A M.P. nº 2.165-36, de 23 de agosto de 2001, com status de lei material (E.C. nº 32/2001), com gênese na M.P. nº 1.783 de 14 de dezembro de 1998, foi devidamente regulamentada pelo Decreto Federal nº 2.620 de 15 de dezembro de 1998, sem que se previsse, na lei ou em seu regulamento, a exigência de comprovação efetiva de uso do transporte público. Limitou-se, a lei, com declaração do beneficiário.*

2. *O ofício circular expedido pela universidade não poderia inovar na esfera de direitos do beneficiários do auxílio-transporte, expondo-se, assim, à ilegalidade.*

3. *Apelação e remessa oficial improvidas.*

(TURMA Y. AMS 00017206320034036115. Rel. Juiz Convocado Wilson Zauhy. j. 25/5/2011 D.E. Publicado em 14/06/2011)

Prosseguindo, anoto que, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, é devido o pagamento ao servidor do auxílio-transporte previsto na Medida Provisória nº 2.165-36 mesmo na hipótese de utilização de veículo próprio para deslocamento ao trabalho, a título ilustrativo destacando-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AUXÍLIO-TRANSPORTE DEVIDO. AUTOMÓVEL PARTICULAR UTILIZADO POR SERVIDOR PÚBLICO PARA DESLOCAMENTO AO SERVIÇO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 1º DA MP 2.165-36. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. *O Superior Tribunal de justiça firmou jurisprudência no sentido de que o servidor público que se utiliza de veículo próprio para deslocar-se ao serviço faz jus ao recebimento de auxílio-transporte, nos termos interpretados do art. 1º da MP n. 2.165-36/2001.*

2. Não há falar em incidência da Súmula nº 10/STF ou em ofensa ao art. 97 da CF/1988, nos casos em que o STJ decide aplicar entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem declarar inconstitucionalidade do texto legal invocado.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ; AgRg-AREsp 436.999; Proc. 2013/0388480-1; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 27/03/2014)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-TRANSPORTE. DESLOCAMENTO COM VEÍCULO PRÓPRIO DO SERVIDOR. POSSIBILIDADE.

1. *Segundo a jurisprudência do STJ, o auxílio-transporte tem por fim o custeio de despesas realizadas pelos servidores públicos com transporte, através de veículo próprio ou coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual, relativas aos deslocamentos entre a residência e o local de trabalho e vice-versa. Precedentes do STJ.*

2. Não há falar em incidência da Súmula nº 10/STF ou em ofensa ao art. 97 da CF/1988, nos casos em que o STJ decide aplicar entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem declarar inconstitucionalidade do texto legal invocado.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ; AgRg-REsp 1.418.492; Proc. 2013/0381009-7; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Benedito Gonçalves; DJE 03/11/2014)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. AUXÍLIO-TRANSPORTE. DESLOCAMENTO COM VEÍCULO PRÓPRIO DO SERVIDOR. POSSIBILIDADE.

1. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC, verifico que o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a questão trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte.

2. *Segundo a jurisprudência do STJ, o auxílio-transporte tem por fim o custeio de despesas realizadas pelos servidores públicos com transporte, através de veículo próprio ou coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual, relativas aos deslocamentos entre a residência e o local de trabalho e vice-versa. Precedentes do STJ.*

3. Agravo regimental não provido.

(STJ; AgRg-AREsp 471.367; Proc. 2014/0023525-6; RS; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 22/04/2014)

A jurisprudência desta Corte é no mesmo sentido:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, 1º-A, DO CPC. FUNGIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os embargos de declaração devem ser recebidos com o agravo previsto no § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, recurso cabível para modificar decisão monocrática terminativa, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

2. Não merece prosperar o inconformismo da parte agravante, tendo em vista que a decisão recorrida foi prolatada em consonância com a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, o servidor que se utiliza de veículo próprio para deslocamento afeto ao serviço tem direito à percepção de auxílio-transporte.

3. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida.

4. Embargos de declaração recebidos com o agravo legal, a que se nega provimento.

(TRF 3ª R.; EDcl-AC 0021214-41.2012.4.03.6100; Quinta Turma; Rel. Des. Paulo Fontes; DEJF 19/11/2015)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. AUXÍLIO-TRANSPORTE. MP 2.165-36/2001. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE.

1. Consta que o apelado é professor da Universidade de São Carlos e que recebia auxílio-transporte referente a deslocamento de Campinas até São Carlos. Em 21 de Setembro de 2007, houve, porém, após determinação do Tribunal de Contas da União, instauração de Processo Administrativo para apuração da efetiva realização diária de tal deslocamento, processo em que se concluiu que o valor do auxílio não era devido e se determinou a restituição dos valores que teria sido indevidamente pagos.

2. Quando à ilegitimidade passiva da União, tem razão a apelante. Com efeito, a relação estatutária de que se trata nos presentes autos se dá entre o autor e a Fundação Universidade Federal de São Carlos. UFSCar, sendo esta, portanto, a responsável pelo pagamento ou pela supressão do auxílio-transporte. Frise-se que a suspensão do pagamento do auxílio foi determinada pela Universidade, em processo administrativo por ela conduzido, não tendo o Tribunal de Contas da União feito mais do que determinar que o referido processo administrativo fosse instaurado.

3. A possibilidade de concessão de auxílio-transporte com fundamento na MP 2.165/01 para o servidor que se utiliza de veículo próprio é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.

4. No caso dos autos, a prova colhida durante a instrução revelou que o autor efetivamente realizava o trajeto de sua residência em Campinas-SP até a cidade de São Carlos-SP, conforme destacado pelo juízo *a quo*. Dessa forma, é perfeitamente aplicável a ele o entendimento jurisprudencial do STJ.

5. Especificam ente em relação à forma com o a UFSCar vinha solicitando a prestação de contas em relação ao auxílio-transporte recebido por seus servidores, que este tribunal já a reconheceu ilegal.

6. Recurso de apelação da União a que se dá provimento para reconhecer sua ilegitimidade passiva. Recurso de apelação da Fundação Universidade Federal de São Carlos. UFSCar e reexame necessário aos quais se nega provimento.

(TRF 3ª R.; Ap-RN 0001650-65.2011.4.03.6115; Primeira Turma; Rel. Des. Luiz de Lima Stefanini; Julg. 27/10/2015; DEJF 18/11/2015)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-TRANSPORTE. CONCESSÃO. SERVIDOR PÚBLICO. COMPROVAÇÃO. VEÍCULO PRÓPRIO. DESLOCAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do c. STJ e deste e. Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. O auxílio-transporte foi instituído pela medida provisória nº 2.165. 36, de 23 de agosto de 2001 (cujos efeitos se prolongam por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001).

3. O artigo 6º da MP 2.165 /2001 estabeleceu que, para a concessão do auxílio-transporte basta a declaração firmada pelo servidor, na qual ateste a realização das despesas com transporte. Assim, considerando que a declaração do servidor goza nos termos da Lei, de presunção de

veracidade, afigura-se desnecessário que o mesmo apresente os bilhetes das passagens, em que pese o caráter indenizatório do auxílio-transporte.

4. Destarte, *escorado na isonomia e em face da natureza indenizatória da referida verba, pode o servidor se utilizar de veículo próprio para se deslocar ao serviço e fazer jus ao recebimento de auxílio-transporte. Ademais, o c. STJ e esta e. Corte já firmaram entendimento no sentido de que o servidor que se utiliza de veículo próprio para deslocamento afeto ao serviço tem direito à percepção de auxílio-transporte.*

5. Agravo improvido.

(TRF 3ª R.; AL-AI 0011799-93.2015.4.03.0000; SP; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva; Julg. 01/09/2015; DEJF 16/09/2015; Pág. 78)

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO-TRANSPORTE. NÃO UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE COLETIVO. EMPREGO DE VEÍCULO PRÓPRIO. DEVIDO.

1. *Mesmo aqueles servidores públicos que se utilizam de outras formas de transporte, que não o coletivo (como, por exemplo, o veículo próprio), também têm direito à percepção do auxílio-transporte; entendimento contrário, na visão do Superior Tribunal de justiça, seria discriminar injustificadamente (com base na mera natureza do transporte utilizado) aqueles servidores que, precisando deslocar-se até o local de trabalho, optam por fazê-lo mediante transporte próprio, ou mesmo não têm outra alternativa de locomoção. Necessário, pois, que a administração pública custeie parte de seus gastos com o transporte da residência ao trabalho e vice-versa.*

2. São ilegais os atos administrativos que exigem do autor a apresentação dos bilhetes de transporte utilizados, a título de comprovação de despesas.

3. As informações prestadas pelo servidor, mediante declaração, presumir-se-ão verdadeiras, sem prejuízo da apuração da responsabilidade administrativa, civil ou penal.

4. É reconhecido o direito à percepção do auxílio-transporte mesmo em relação àqueles servidores que se utilizam de veículo próprio, os quais não têm como comprovar despesas com transporte público.

5. Pedido procedente, condenando-se a união a restabelecer o auxílio-transporte em benefício do autor, bem como a pagar os valores atrasados, no montante de R\$ 21.032,26, relativo ao auxílio-transporte devido até o mês de abril de 2011, além dos meses que se sucederem, até o efetivo restabelecimento da parcela. Correção monetária e juros de mora na forma da resolução nº 134/2010, do conselho da justiça federal.

6. Condenação da união ao de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa atualizado (CPC, art. 20, § 4º).

7. Apelação provida.

(TRF 3ª R.; AC 0000505-62.2011.4.03.6118; SP; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Nino Toldo; Julg. 23/06/2015; DEJF 30/06/2015; Pág. 766)

Quanto à verba honorária, diante do insucesso do recurso interposto é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que majoro em 5% os honorários advocatícios devidos pela UFSCar fixados na sentença, acréscimo que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no §2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

5017274-37.2018.4.03.0000

Requerente: ESTADO DE SÃO PAULO, AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA (PRESIDENTE)
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/07/2018

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de pedido de suspensão de liminar, apresentado pelo Estado de São Paulo e pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo, com o objetivo de sustar a eficácia de decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marília, nos autos da Ação Civil Pública nº 0000400-96.2017.4.03.6111, em que autor o Ministério Público Federal.

Em síntese, e nos termos do que consta na petição inicial, cuida-se, na origem, de “ação civil pública em face da AGENCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO- ARTESP e da ENTREVIAS CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A. com o objetivo de paralisar a Concorrência Internacional 003/2016, visando a condenação da Ré nas obrigações de fazer consistentes em: (i) promover estudos complementares, em trabalho conjunto com a ANTT e a empresa Transbrasiliana Concessionária de Rodovias S.A., (ii) promover audiência pública no Município de Marília, a fim de conciliar o projeto de concessão da rodovia SP-333 com a concessão da BR-153, notadamente em relação ao projeto de construção do anel viário dessa rodovia neste município”.

Concedida liminar pelo juízo a quo, determinando a paralisação da “Concorrência Internacional nº 003/2016 – SP-333, Lote Florínea – Igarapava”, sobreveio pleito suspensivo, autuado nesta Corte sob nº 0001971-05.2017.4.03.0000 e no qual proferida decisão nos seguintes termos:

Vistos.

O Estado de São Paulo e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, apresentam pedido de suspensão de tutela de urgência, concedida em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face da ARTESP. O Juízo de 1º grau de jurisdição concedeu a tutela de urgência postulada “para determinar a suspensão do processo de concorrência internacional nº 3/2016- SP-333, Lote Florínea-Igarapava”. (fls. 26)

Alegam os requerentes, em síntese, que a decisão liminar, tal e qual proferida, acarreta severo prejuízo à ordem e à economia públicas, máxime à constatação de que, abruptamente, promove-se a suspensão de sessão de habilitação de concorrência internacional há muito designada para o dia 22/02/2017, prejudicando a concorrência e afugentando potenciais investidores, o que pode trazer sério risco ao desenvolvimento regional e “adiamento indefinido de investimentos importantes e certos já previstos para o ano de 2017” (fls.09). Pede-se, ao cabo, concessão de medida de suspensão dos efeitos da decisão impugnada, de modo a viabilizar o prosseguimento do procedimento relativo à já citada Concorrência Internacional nº 03/2016. É o relatório. *Decido.*

A execução de decisão judicial proferida em desfavor do Poder Público pode ser suspensa pelo Presidente do Tribunal a que compete o julgamento dos recursos, sempre que a decisão tiver o potencial de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º, Lei nº 8.437/92).

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, “No incidente de suspensão de decisão judicial, pelo que se percebe, há nítido colorido de opção legislativa pela proteção imediata do interesse público em ‘sacrifício’ de outro interesse de uma dimensão mais restrita. Tal opção legislativa constitui clara manifestação do poder de supremacia dos interesses diretamente tutelados pela administração em prol do seu titular que é a coletividade, no exato sentido de que o Estado Democrático deve tanto quanto possível servir a todos, ainda que para isso faça limitações a outro interesse.” (Marcelo Abelha Rodrigues *in* Suspensão de Segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público, 3ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 - pág. 118).

É dentro desse contexto que visualizo, por ora, coerência e plausibilidade no pedido formulado neste incidente processual.

Com efeito, a determinação para suspensão da Concorrência Internacional nº 03/2016, na forma como lançada, aparenta lesar sensivelmente a ordem e a economia públicas, tal como sustentando pelos requerentes, tendo o condão de inviabilizar, pela insegurança jurídica que gera, a pretendida concessão do trecho de rodovia estadual objeto da licitação.

É assim porque a frustração do recebimento de propostas é medida dissuasória para potenciais investidores, apta, portanto, a gerar a frustração da pretendida concessão, caso a ação ajuizada pelo Ministério Público Federal não seja frutuosa ao seu término.

Há que se acrescentar, ainda, que entre o mero recebimento das propostas e a assinatura de eventual contrato de concessão exige-se o transcurso de tempo suficiente para que a ação civil pública ajuizada seja apreciada em cognição exauriente, de modo que, confirmadas as

premissas sobre as quais assentada a petição inicial, poderá o juízo *a quo*, desta vez em tutela definitiva, atuar com vistas a resguardar o interesse público coletivo patrocinado pelo MPF. Não há, enfim, risco a ser minimizado senão aquele que os requerentes estão a querer evitar por meio deste expediente.

Ante o exposto, *defiro* a suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida no bojo dos autos do Processo nº 0000400-96.2017.4.03.6111, autorizando, portanto, a realização da sessão de habilitação de concorrência internacional, relativa à Concorrência Internacional nº 03/2016, patrocinada pela ARTESP, agendada para o dia 22/02/2017.

Determino aos requerentes que, no prazo de 5 dias e sob pena de revogação desta decisão, colacionem a estes autos cópia integral da ação civil pública nº 0000400-96.2017.4.03.6111, de modo a promover a correta instrução deste feito.

Comunique-se ao Juízo de origem e intimem-se os requerentes.

Dê-se ciência à PRR.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, archive-se.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2017.

CECÍLIA MARCONDES

Presidente

Apresentado agravo pelo Ministério Público Federal, o feito foi apreciado no Órgão Especial deste Tribunal, que negou provimento ao recurso:

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE LIMINAR - LICITAÇÃO - OBRA RODOVIÁRIA - RISCO À ORDEM ADMINISTRATIVA.

I - A suspensão de segurança não tem por fim rever toda e qualquer decisão proferida pelo juiz. O incidente, que tem por fim intrínseco proteger a Administração Pública, destina-se aos taxativos casos de flagrante ilegitimidade ou para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas;

II - Descabe, por conseguinte, alegações relacionadas ao mérito do litígio, como fixação do adequado valor da tarifa do pedágio a ser instalado na rodovia, bem como de temas que extrapolam o âmbito das matérias elencadas no rol do artigo art. 4º da Lei nº 8.437/92, como violação dos princípios da eficiência e da razoabilidade e da política de desenvolvimento urbano e da cidadania;

III - Não se está diante de uma licitação iniciada de opino pela Administração Pública. Em face do vulto da obra, o edital foi precedido de diversos estudos técnicos e econômicos realizados pela ARTESP, pelo Departamento de Estradas de Rodagem (DER), pela Secretaria de Logística e Transportes (SLT) e pela Corporação Financeira Internacional, braço do Grupo Banco Mundial. O edital de licitação já estava publicado há mais de 100 (cem) dias e o Ministério Público Federal optou por questioná-lo apenas poucos dias antes da sessão marcada para o recebimento das propostas;

IV - A paralisação do certame implica graves prejuízos à ordem administrativa, já que há necessidade da realização da obra para desafogar o tráfego e atender ao desenvolvimento regional, o que também proporcionará mais segurança logística e viária aos usuários;

V - O Poder Judiciário deve intervir com parcimônia nas decisões administrativas, agindo apenas em casos de manifesta ilegalidade, não lhe cabendo tomar o lugar do Poder Executivo na escolha das ações governamentais sob pena de violação ao fundamental princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CF);

VI - Agravo regimental improvido.

(TRF3, Órgão Especial, Ag na SLAT nº 0001971-05.2017.4.03.0000, rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, 26.7.2017)

Nesse ínterim, perante o juízo *a quo* acabou sobrevivendo novo pedido de tutela provisória

de urgência, em que o Ministério Público Federal requereu (Id. 3607613), “seja concedida a tutela cautelar principal pretendida, inaudita altera parte, para o fim de suspender a construção da praça de pedágio no KM 315 da SP-333 até o deslinde da ação”, pleiteando, em caráter subsidiário, “a implantação de 04 (quatro) placas indicativas às margens da praça de pedágio”, noticiando a pendência de ação judicial relativamente à cobrança; e que sejam instalados “04 mecanismos de contagem volumétrica de veículos”, para “munir o Ministério Público Federal e esse Juízo com dados necessários à definição do quantum debeatur no caso de uma possível execução coletiva do hipotético título executivo judicial”.

Indeferido o pleito em questão, conforme decisão datada de 27.2.2018, abaixo transcrita:

Vistos. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal inicialmente em face da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), mediante a qual postula a cominação de obrigações de fazer à ARTESP consistentes em promover estudos complementares, em conjunto com a ANTT e Transbrasiliana Concessionária de Rodovias S.A., e audiência pública no Município de Marília, a fim de conciliar o projeto de concessão da rodovia SP-333 com a concessão da BR-153, notadamente em relação a projeto de construção de anel viário nesta Cidade, alteração de praça de pedágio ou, alternativamente, instalação do sistema de cobrança por quilômetro percorrido. Em sede de tutela antecipada de urgência requereu a suspensão do trâmite do processo de Concorrência Internacional nº 03/2016, ao fundamento de que lhe faltam estudos tendentes a equacionar interferências mútuas com o projeto de construção do anel viário da BR-153 no Município de Marília, que está a caminhar; desconsidera sobreposição entre as rodovias BR-153 e SP-333/SP-294, em trecho de aproximadamente 25 quilômetros de extensão; deixa ao talante da concessionária a utilização da metodologia de cobrança proporcional de pedágio, em que pese a alocação da praça de pedágio a menos de 1 quilômetro do entroncamento com a rodovia federal; e, diante desses fatos, despreza a necessidade de dar voz à população interessada de Marília, via audiência pública, em face do porte da concorrência. Vislumbrando a presença dos requisitos do artigo 300 do CPC, este juízo deferiu a tutela de urgência requerida, determinando a suspensão do processo de Concorrência Internacional nº 03/2016 - SP-333, Lote Florínea - Igarapava (fls. 43/44). A ARTESP apresentou pedido de suspensão da tutela de urgência à Presidência do E. TRF da 3ª Região, a qual, por meio da v. decisão copiada às fls. 72/73, deferiu o requerimento, autorizando a realização da sessão de habilitação de concorrência internacional, relativa à Concorrência Internacional nº 03/2016, patrocinada pela ARTESP, agendada para o dia 22/02/2017. Em prosseguimento, anunciado o vencedor da Concorrência Internacional: “Pátria Infraestrutura III - Fundo de Investimento em Participações”, representado pela empresa “Pátria Infraestrutura Gestão de Recursos Ltda.”, foi deferida a formação de litisconsórcio no polo passivo da demanda (fl. 111). Nos termos do artigo 334 do CPC, foi realizada audiência de conciliação, a qual restou infrutífera (fls. 183/184 e 479/verso). Contestações nos autos, o Ministério Público Federal sobre elas se manifestou (fls. 489/500). Foi deferida a substituição das rés “Pátria Infraestrutura III - Fundo de Investimento em Participações” e “Pátria Infraestrutura Gestão de Recursos Ltda.” pela empresa “Entrevias Concessionária de Rodovias S.A.” (fl. 518). Após requerer o julgamento antecipado do mérito (fl. 522), retornou aos autos o Ministério Público Federal formulando pedido de tutela provisória de urgência cautelar em caráter incidental, por meio do qual pretende seja imposta à ré Entrevias “(i) a obrigação de não fazer consistente na abstenção da construção da praça de pedágio no KM 315 da Rodovia SP-333, ou, como pedido subsidiário, (ii) as obrigações de fazer consistentes na (ii.a) implantação de 04 (quatro) placas indicativas às margens dessa praça de pedágio, sendo 02 (duas) em cada sentido, em local com a maior visibilidade possível, em que conste, em letras garrafais, o seguinte comunicado: Guarde seu recibo. A construção de pedágio neste ponto da rodovia é objeto de questionamento pelo

Ministério Público Federal na Ação Civil Pública nº 0000400-96.2017.403.6111, em trâmite pela Justiça Federal em Marília/SP; e (ii.b) implantação de 04 mecanismos de contagem volumétrica de veículos, sendo (1) um no início do trecho norte da BR-153(KM 230); (2) um no KM 312 da SP-333; (3) um na própria praça de pedágio; e (4) um na balança do Departamento de Estradas de Rodagem (DER) neste município, localizada no KM 341 da rodovia SP-333.”. Requer, também, astreinte. É o que se oferece a desate. DECIDO: De saída consigna-se que o acolhimento do primeiro dos pedidos deduzidos na medida incidental de cautela importaria afronta ao já decidido pelo E. TRF da 3ª Região nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 0001971-05.2017.4.03.0000, uma vez que permanece íntegra a v. decisão que deferiu a suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida nestes autos, autorizando a realização da sessão de habilitação de concorrência internacional, relativa à Concorrência Internacional nº 03/2016. Ora, se a construção da praça de pedágio é um dos atos materiais decorrentes da realização da Concorrência Internacional nº 03/2016, referente à concessão da rodovia SP-333, Lote Florínea - Igarapava, cuja suspensão em pedido continente de tutela antecipada não perseverou, inovada ordem judicial de primeiro grau que interferisse com a execução das obras da praça (medida contida nas decisões proferidas em primeiro e em segundo grau) implicaria atentado; iria de encontro ao que já se acha sob o abrigo de decisão de grau superior. No que toca ao pedido subsidiário, formulado em caráter incidental, verifico que não há perigo de dano atual a justificar seu deferimento, haja vista o estágio em que obras (para a implantação de cobrança do pedágio) e este mesmo processo se encontram, daí por que postergo seu exame para o momento da prolação da sentença. Indefiro, neste momento processual, tutela cautelar de urgência. Em prosseguimento, ARTESP e Entrevias devem ser intimadas a especificar provas, na forma deliberada à fl. 518, observando-se quanto à última, o endereço constante de fl. 525. Com as manifestações nos autos ou decorrido o prazo para tanto, tornem conclusos. Intime-se pessoalmente o Ministério Público Federal. Registre-se e cumpra-se.

Interposto o Agravo de Instrumento de nº 5006637-27.2018.4.03.0000, adveio decisão liminar de conteúdo reproduzido na sequência, determinando ao juízo *a quo* que procedesse à análise do pedido principal de tutela de urgência apresentado pelo Ministério Público Federal:

Agravo de instrumento interposto pelo *Ministério Público Federal* contra decisão (Id 1963230 - págs. 77/79) que, em sede de ação civil pública, indeferiu a tutela provisória de urgência em caráter incidental requerida nos seguintes termos (Id 1963230 - págs. 31/50):

7.1. a concessão, inaudita altera parte, da tutela provisória de urgência cautelar para o fim de impor à ré a obrigação de não fazer consistente na suspensão da construção da praça de pedágio no KM 315 da Rodovia SP-333;

7.2. Caso não acolhido o pedido cautelar principal, requer o deferimento, inaudita altera parte, dos pedidos cautelares subsidiários, para o fim de impor à ré: (i) a implantação de 04 (quatro) placas indicativas às margens da praça de pedágio, sendo 02 (duas) em cada sentido, em local com a maior visibilidade possível, em que conste, em letras garrafais, o seguinte comunicado: “Guarde seu recibo. A construção de pedágio neste ponto da rodovia é objeto de questionamento pelo Ministério Público Federal na Ação Civil Pública nº 0000400-96.2017.403.6111, em trâmite pela Justiça Federal em Marília/SP”; e (ii) a implantação de 04 mecanismos de contagem volumétrica de veículos, sendo (1) um no início do trecho norte da BR-153 (KM 230); (2) um no Km 312 da SP-333; (3) um na própria praça de pedágio; e (4) um na balança do DER neste município, localizada no KM 341 da rodovia SP-333.

7.3. a fixação de multa diária para o caso de descumprimento da medida liminar, em valor não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento, sem prejuízo da responsabilização penal dos representantes da ré;

Sustenta a agravante, em síntese, que:

a) em relação ao pedido de tutela provisória principal:

a.1) inexistência óbice para a sua apreciação, concernente ao contrato de concessão celebrado, eis que as decisões proferidas na SLAT nº 0001971-05.2017.4.03.0000 restringiram-se à suspensão da tutela de urgência concedida nos autos de origem para o fim de obstar o trâmite da Concorrência Internacional nº 03/2016, a qual, inclusive, já alcançou seu termo final com a adjudicação do citado contrato pela agravada ENTREVIAS. A análise da existência dos pressupostos para a suspensão da liminar cingiu-se à potencial lesão do interesse público com a interrupção do trâmite da concorrência, de modo que a razão de decidir dessa decisão não é transponível para o efeito almejado pelo pedido de tutela cautelar, consistente na suspensão da construção de praça de pedágio. Conclui-se que o raciocínio do juízo *a quo*, no sentido de que qualquer ato que constitua desdobramento da Concorrência Internacional nº 03/2016 estará “blindado” pela suspensão deferida na citada SLAT, acarreta a extensão desarrazoada dos limites objetivos desse decisum e, conseqüentemente, restringe indevidamente o poder geral de cautela, em afronta ao princípio da proteção judicial efetiva;

a.2) está presente o *fumus boni iuris*, já que:

a.2.1) demonstrada a imaturidade dos estudos que deram suporte à estrutura tarifária da concessão do lote “Florínea – Igarapava” da SP-333, promovido pela ARTESP, ante a carência de consideração dos fluxos mútuos com a concessão da BR-153 no âmbito do Município de Marília, bem como das vias municipais que circundam o ponto definido para construção da praça de pedágio e que podem figurar como rotas de fuga;

a.2.2) do estudo apresentado pela ARTESP pode-se extrair projeção de prejuízo ao erário e aos usuários dessas rodovias;

a.2.3) a agravada tem a intenção de fechar a Estrada Municipal MAR-114, o que decorre da má definição da praça de pedágio pela ARTESP, o que certamente acarretará prejuízos aos cidadãos que habitam imóveis lindeiros dessa via;

a.2.4) há desrespeito aos princípios da eficiência, da razoabilidade, da modicidade tarifária e da indisponibilidade do interesse público, em razão dos ditames da política de desenvolvimento urbano, bem como dos direitos à cidadania e à segurança viária da população da região de Marília;

a.3) há *periculum in mora*, consistente no risco iminente de que a ENTREVIAS dê cabo à construção da praça de pedágio alocada no KM 315 da SP-333, a qual já teve início, antes de pronunciamento judicial final nesta ação. A demora na obtenção de pronunciamento judicial que impeça tal construção causará grave prejuízo ao resultado útil do processo, porque a mudança da praça de pedágio do KM 315 para outro ponto fora do trecho de sobreposição da SP-333 com a BR-153 constitui objetivo primordial visado pelo Ministério Público Federal ao apresentar o pedido principal da ação civil pública, de modo que a edificação impedirá o seu remanejamento sem custos ao erário no caso de procedência do feito, com prejuízo à máxima efetividade da tutela jurisdicional;

b) quanto ao pleito subsidiário:

b.1) está configurado o perigo da demora, uma vez que a praça de pedágio estará apta ao início de sua operação em breve, consideradas a mão-de-obra e as horas de trabalho empregadas na construção e o processamento da ação principal, na qual a ARTESP tem prazo em dobro (art. 183, *caput*, do Código de Processo Civil);

b.2) está caracterizado o *fumus boni iuris*, que encontra respaldo na projeção comprovada de que a cobrança de pedágio na praça sem o uso da metodologia “ponto-a-ponto” acarretará injustiça tarifária ao universo de usuários da BR-153 que por lá passarão (o qual será superior a 7.000 por dia), bem como na extrema utilidade das medidas requeridas para a efetividade da execução de eventual título executivo judicial formado nos autos de origem.

Requer a antecipação da tutela recursal para que seja deferida a tutela de urgência e, por fim, o provimento do recurso nesses termos.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe

o Código de Processo Civil:

“Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; [...].”

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da lei processual civil estabelecem:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

[...].”

A outorga da antecipação da tutela recursal, portanto, é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifiquem, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação civil pública que fora *deferida inicialmente tutela de urgência para determinar a suspensão do processo de Concorrência Internacional nº 3/2016 – SP-333, lote Florínea-Igarapava* (Id 1963220 - págs. 49/51). A Presidência deste tribunal, nos autos SLAT nº 0001971-05.2017.4.03.0000, deferiu a suspensão dos efeitos desse decisum (págs. 82/85 do mesmo Id) e, posteriormente, o Órgão Especial negou provimento ao agravo regimental interposto contra tal decisão, conforme a ementa que segue (Id 1963230 - págs. 4/5):

(...)

Posteriormente, o MPF apresentou, na instância a qua, o pedido de tutela de urgência provisória em caráter incidental objeto deste agravo de instrumento (Id 1963230 - págs. 31/50), indeferido pelos seguintes fundamentos (págs. 78/79 do mesmo Id):

(...)

I Pedido principal

Relativamente ao pedido principal, assiste razão ao agravante no sentido de que inexistente óbice à sua apreciação.

Os objetos da primeira tutela de urgência e o da segunda são distintos, uma vez que aquela tinha a finalidade de *suspender o andamento da licitação* e esta tem a de *suspender especificamente a construção da praça de pedágio indicada*. O fato de a edificação do pedágio decorrer do certame não desnatura essa distinção, notadamente considerado que foi finalizado com a concernente adjudicação e a assinatura do contrato administrativo (Id 1963228 - pág. 79/Id 1963229 - pág. 74). Não se pode, destarte, estender a decisão tomada em sede de suspensão

de tutela de urgência aos atos posteriores à concorrência, cuja realização era seu único fim. Está configurada, portanto, a probabilidade do direito quanto ao tema. Outrossim, está caracterizado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, uma vez que, como aponta o MPF, as obras da praça de pedágio já foram iniciadas (Id 1963219 - pág. 14) e a demora na obtenção de pronunciamento judicial que impeça tal construção causará grave prejuízo ao resultado útil do processo, porque a mudança da praça para outro ponto fora do trecho de sobreposição da SP-333 com a BR-153 constitui objetivo primordial visado pelo Ministério Público Federal ao apresentar o pedido principal da ação civil pública (Id 1963220 - págs. 34/35), com o que a edificação impedirá o seu remanejamento sem custos ao erário no caso de procedência do feito e haverá prejuízo à máxima efetividade da tutela jurisdicional. Ressalte-se que, considerado que o juízo *a quo*, na decisão recorrida, não examinou o pleito principal por entender que seu pronunciamento implicaria atentado por ir de encontro ao que já se acha sob o abrigo de decisão de grau superior, não pode este tribunal avaliá-lo, sob pena de indevida supressão de instância, razão pela qual deve ser parcialmente deferida a tutela de urgência nesse ponto.

II Pedido subsidiário

No que diz respeito ao pedido subsidiário, ausente o *periculum in mora*. A mera possibilidade de conclusão das obras da praça do pedágio, com o que teria início sua operação, não configura um dano atual, presente e concreto. Alega o agravante que devem ser consideradas a mão-de-obra e as horas de trabalho empregadas na construção e o processamento da ação principal, na qual a ARTESP tem prazo em dobro (art. 183, *caput*, do Código de Processo Civil), o que não demonstra que a edificação será finalizada em breve. Registre-se que, se de fato as obras chegarem ao término antes da prolação da sentença, o MPF poderá comprovar a situação de real urgência ao juízo *a quo* e requerer a reanálise do pleito, o que ratifica a inexistência de dano neste momento.

Destarte, justifica-se a manutenção da decisão agravada.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil, *DEFIRO PARCIALMENTE a antecipação da tutela recursal*, a fim de que o juízo *a quo* examine o pedido principal da tutela provisória de urgência em caráter incidental apresentada pelo MPF às fls. 525/544 dos autos originários.

Comunique-se ao juízo de primeiro grau para que dê cumprimento à decisão.

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, da lei processual civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de ação civil pública, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.

Publique-se.

Daí a decisão objeto deste pedido de suspensão de liminar, em que o juízo da 3ª Vara Federal de Marília deferiu a tutela provisória para “*determinar a suspensão da operação da praça de pedágio do KM 315 da Rodovia SP-333*, salvo se implantado, como vier a ser ajustado pelas partes neste feito, sistema de pedágio eletrônico ‘ponto a ponto’, do qual possam se servir os usuários locais”.

Veja-se, a propósito, *ipsis verbis*:

Vistos. Em razão do disposto no artigo 437, 1º, do CPC, cumpre dar vista específica do estudo de fls. 749/751 à parte que não o juntou, visto que, do confronto de estudos técnicos, pode surgir a necessidade de esmiuçá-los por diverso especialista, de confiança do juízo. É a razão pela qual o feito ainda não se encontra maduro para sentença. Passo, assim, à apreciação do pedido de tutela cautelar incidental formulado pelo Ministério Público Federal às fls. 524/544 e reiterado às fls. 678/688. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal inicialmente em face da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do

Estado de São Paulo (ARTESP), mediante a qual postula a cominação de obrigações de fazer à ARTESP consistentes em promover estudos complementares, em conjunto com a ANTT e Transbrasiliana Concessionária de Rodovias S.A., e audiência pública no Município de Marília, a fim de conciliar o projeto de concessão da rodovia SP-333 com a concessão da BR-153 que a entreliga, notadamente em relação ao projeto de construção de anel viário nesta Cidade, à alteração de praça de pedágio ou, alternativamente, à instalação do sistema de cobrança por quilômetro percorrido (“ponto a ponto”). Em sede de tutela antecipada de urgência requereu a suspensão do trâmite do processo de Concorrência Internacional nº 03/2016, ao fundamento de que lhe faltavam estudos tendentes a equacionar interferências mútuas com o projeto de construção do anel viário da BR-153 no Município de Marília, em andamento; desconsiderava sobreposição entre as rodovias BR-153 e SP-333/SP-294, em trecho de aproximadamente 25 quilômetros de extensão; deixava ao talante da concessionária a utilização da metodologia de cobrança proporcional de pedágio, em que pese a alocação da praça de pedágio a menos de 1 quilômetro do entroncamento com a rodovia federal; e, diante desses fatos, desprezava a necessidade de dar voz à população interessada de Marília, via audiência pública, em assunto que interfere com as funções sociais da cidade e garante o bem-estar de seus habitantes. Vislumbrando a presença dos requisitos do artigo 300 do CPC, este juízo deferiu a tutela de urgência requerida, determinando a suspensão do processo de Concorrência Internacional nº 03/2016 - SP-333, Lote Florínea - Igarapava (fls. 43/44). A ARTESP apresentou pedido de suspensão da tutela de urgência à íncita Presidência do E. TRF da 3ª Região, a qual, por meio da v. decisão copiada às fls. 72/73, deferiu o requerimento, autorizando a realização da sessão de habilitação no certame, designadamente a Concorrência Internacional nº 03/2016, patrocinada pela ARTESP, agendada para o dia 22/02/2017. Em prosseguimento, anunciado o vencedor da Concorrência Internacional: “Pátria Infraestrutura III - Fundo de Investimento em Participações”, representado pela empresa “Pátria Infraestrutura Gestão de Recursos Ltda.”, foi deferida a formação de litisconsórcio no polo passivo da demanda (fl. 111). Nos termos do artigo 334 do CPC, foi realizada audiência de conciliação, a qual restou infrutífera (fls. 183/184 e 479/verso). Contestações nos autos, o Ministério Público Federal sobre elas se manifestou (fls. 489/500). Foi deferida a substituição das rés “Pátria Infraestrutura III - Fundo de Investimento em Participações” e “Pátria Infraestrutura Gestão de Recursos Ltda.” pela empresa “Entrevias Concessionária de Rodovias S.A.” (fl. 518). Após requerer o julgamento antecipado do mérito (fl. 522), retornou aos autos o Ministério Público Federal atravessando pedido de tutela provisória de urgência cautelar em caráter incidental, o qual foi indeferido naquele momento processual, por entender este juízo que a apreciação objetivada poderia afrontar o decidido pelo E. TRF da 3ª Região, nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 0001971-05.2017.4.03.0000. Contra referida decisão o Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento, no qual houve deferimento parcial da antecipação da tutela recursal, para determinar a apreciação do pedido principal da tutela provisória requerida em caráter incidental pelo órgão ministerial a fls. 525/544. Com esse breve resumo, DECIDO: Defiro a tutela de urgência postulada. O regular processamento do feito, com a colheita das teses defensivas, não logrou abalar, licença concedida, os fundamentos que escoraram a decisão de fls. 43/44. Restauro, pois, aludidos argumentos, como se aqui estivessem transcritos, para deferir a provisão cautelar requerida pelo Parquet. A eles acrescido, agora, o risco de grave prejuízo ao resultado útil do presente processo, tendo em vista que, conforme noticiado pelo Ministério Público Federal às fls. 752/753, é notório estar-se às portas do início da operação da praça de pedágio do KM 315 da SP-333. Mais uma ponderação acresço, para dar acabamento à presente decisão. Não há óbice técnico ou jurídico para a implantação de pedágio “ponto a ponto”. Só no Estado de São Paulo noticia-se contar o sistema com 147,7 mil adesões. Sobre ser mais justo (o usuário paga por aquilo que aproveita da rodovia, o que agrega vantagem para aqueles que por ela transitam constantemente), não há óbice técnico para o “ponto a ponto”, diante do avanço do pedágio eletrônico. Com a escolha de operadora entre as que já prestam o serviço neste Estado, antenas fixadas ao longo da rodovia registram as passagens

por meio de “tags” instalados nos veículos. Operando-se por meio de créditos e débitos, por livre adesão do utente, a tarifa é cobrada na medida da utilização. O sistema assim já funciona em quatro rodovias da região de Campinas-SP e serve para reduzir custos em viagens de curta distância. O aumento de uso do pedágio eletrônico, por outro lado, mitiga custos para a Concessionária. Com base nisso e porque presentes os requisitos do artigo 300 do CPC, concedo a tutela de urgência postulada, para determinar a suspensão da operação da praça de pedágio do KM 315 da Rodovia SP-333, salvo se implantado, como vier a ser ajustado pelas partes neste feito, sistema de pedágio eletrônico “ponto a ponto”, do qual possam se servir os usuários locais. Comunique-se imediatamente à ARTESP e à Entrevias o conteúdo da presente decisão. Ciência ao MPF. Isso feito, tornem conclusos. Cumpra-se imediatamente; registre-se.

Quanto ao ponto, alega-se que, “ao fazer ‘acréscimos’ de fatos para fundamentar sua decisão, o juízo a quo não considerou ‘fatos novos’, mas sim verdadeiras ‘novas causas de pedir’: ou seja, alterou a demanda, sem consentimento do Réu, o que é vedado pelo artigo 329, II do Código de Processo Civil”.

Ainda, refere-se que “a decisão carece de proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que cria imediato prejuízo no equilíbrio de uma concessão estadual para acautelar uma eventual intervenção do MPF em decisão política de conveniência e oportunidade de mérito administrativo discricionário da Administração federal em um projeto futuro e incerto”, subsistindo “manifesta intervenção em juízo político de conveniência e oportunidade de mérito administrativo, [que] desconsidera o sistema viário como um todo e, a pretexto de fazer justiça para uma pequena parcela da sociedade, causa um desequilíbrio que implica grave injustiça para os demais usuários da via e para os contribuintes paulistas como um todo”.

Nesse âmbito, afirma-se que “o pretendido pelo MPF e deferido pelo d. Juízo de Primeira Instância atenta contra os princípios de universalização do serviço, modicidade de tarifa e isonomia, já que promover o reequilíbrio do contrato neste momento acarretará, invariavelmente, no aumento vertiginoso dos valores das tarifas pagas pelos demais usuários, desequilibrando o sistema e comprometendo a modicidade”, porque “suspender a cobrança de tarifa na Praça de Pedágio do km 315 da SP-333 causará o diário desequilíbrio na equação econômico-financeira do Contrato de Concessão”.

Ademais, noticia-se, quanto à viabilidade de se implantar o sistema ponto-a-ponto, que “Para que o sistema Free-Flow possa ser implantado e viável para a remuneração de uma Concessão é essencial que todos os usuários que trafeguem pela rodovia tenham como ser tarifados por dispositivos para leitura pelos pórticos (tag ou adesivo de cobrança automática)”, sendo que “Atualmente, não há como garantir que isso ocorra, nem mesmo se o Poder Concedente resolvesse distribuir gratuitamente os dispositivos”, pois “não se vislumbra como compelir – e punir a recusa – do uso de dispositivos nos automóveis dos cidadãos que trafegam pelas rodovias”.

Por fim, sustenta-se haver desrespeito às deliberações desta Corte constantes do SLAT nº 0001971-05.2017.4.03.0000, porque “as decisões proferidas pelos Órgãos Superiores do Tribunal determinaram o prosseguimento da Licitação, à luz das condições estabelecidas no Edital, inclusive no que tange ao posicionamento da praça de pedágio posicionada no km 315 da Rodovia SP-333”, bem como que “A liminar desse modo, fere não só as decisões proferidas em sede de suspensão, mas até mesmo os limites da decisão proferida pelo Desembargador André Nabarrete Neto, nos autos do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF (nº 5006637-27.2018.4.03.0000)”.

Argumentos postos, requer-se seja suspensa “a medida liminar deferida até o trânsito

em julgado da decisão de mérito na ação principal”.

A suspensão da eficácia de provimentos jurisdicionais por ato da Presidência do respectivo Tribunal é “prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbra, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, a saúde ou à segurança públicas”, objetivando “a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenham de alguma forma função pública” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 35).

Trata-se de regime jurídico constituído a partir da subsistência de dispositivos legais que regulam as distintas situações nas quais o manejo do pedido de suspensão mostra-se cabível, sendo adequada a menção, a esse respeito, ao que dispõem os artigos 15, da Lei nº 12.016/09, 25, da Lei nº 8.038/1990, 4º, da Lei nº 8.437/1992, 12, da Lei nº 7.347/1985, 1º, da Lei nº 9.494/1997, e 16, da Lei nº 9.507/1997 – respectivamente aplicáveis ao mandado de segurança, em primeiro e segundo grau de jurisdição, às medidas cautelares contra o Poder Público, à ação civil pública, à tutela antecipada contra a Fazenda Pública e ao *habeas data*:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput* deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 10 deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

§ 1º - O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.

§ 2º - Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.

§ 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas

contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001).

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 16. Quando o *habeas data* for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

Sob a ótica da doutrina moderna, sem que se cogite existir “tratamento distinto dos regimes de suspensão dos provimentos das ações de mandado de segurança e das demais ações movidas contra o Poder Público”, vislumbra-se “indiscutível uniformidade procedimental quanto aos pedidos de suspensão de provimentos contrários ao interesse público”, “compreendida a existência de um verdadeiro microsistema legal que rege os pedidos de suspensão”, ausente “sentido em continuar a buscar distinção das hipóteses de cabimento a partir do tipo de processo em que incidem os pedidos, ou mesmo a partir da espécie de decisão cuja eficácia se deseja sustar” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, pp. 35 e 373).

Nesse âmbito, exsurge comum às modalidades sob análise, consoante jurisprudência de há muito consolidada neste sentido, a constatação de que “o pedido de suspensão não possui natureza de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma”, tratando-se, assim, de “um instrumento processual de cunho eminentemente cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência absolutamente drástica, excepcional e provisória”, “restringindo-se à comprovação de seus pressupostos e sem adentrar no efetivo exame do mérito da causa principal, cuja competência cabe tão-somente às instâncias ordinárias” (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 201/MA, rel. Ministro Edson Vidigal, 10.4.2006).

Nos presentes autos, cinge-se a controvérsia à análise se presentes motivos ensejadores da suspensão de eficácia de decisão jurisdicional na hipótese em que deferida, em ação civil pública, liminar impedindo a operação de praça instalada para cobrança de pedágio em rodovia submetida à sistemática das concessões, facultando-se, subsidiariamente, ao poder concedente, a instituição do sistema de pagamento denominado “ponto-a-ponto”.

De início, no que atine ao Agravo de Instrumento nº 5006637-27.2018.4.03.0000 - ao qual afeta, no âmbito jurisdicional ordinário, a controvérsia aqui posta -, após a decisão antecipatória dos efeitos da tutela recursal, viabilizando o decisum objeto desta suspensão, sobreveio a interposição de agravo regimental, ao que se seguiram as contrarrazões da parte contrária, remetendo-se, ato contínuo, o feito à conclusão, assim atualmente permanecendo.

No mais, a respeito da deliberação concessiva da tutela de urgência propriamente dita, ora atacada por meio deste pedido de suspensão, inexistem recursos aparelhados ou mesmo medida incidental diversa atrelada ao agravo acima referido, por consequência incorrendo quaisquer provimentos jurisdicionais colegiados no Tribunal a tocar o mérito da questão aqui posta, circunstância que corrobora a competência desta Presidência ao presente exame.

Cumpre, primeiramente, rejeitar os argumentos trazidos pelos requerentes tanto no sentido de que o juízo *a quo* teria adicionado elementos estranhos ao processo subjacente, por ocasião do provimento liminar levado a efeito; quanto de que subsistiria, na hipótese concreta, situação de desobediência ao determinado pelo Órgão Especial desta Corte na SLAT nº 0001971-05.2017.4.03.0000.

Isso porque, em ambos os casos, tratam-se de temas estranhos à via suspensiva ora manejada.

Quanto à alegação de que “ao fazer ‘acréscimos’ de fatos para fundamentar sua decisão, o juízo *a quo* não considerou ‘fatos novos’, mas sim verdadeiras ‘novas causas de pedir’: ou seja, alterou a demanda, sem consentimento do Réu, o que é vedado pelo artigo 329, II do Código de Processo Civil”, ao âmbito jurisdicional ordinário, quer seja incidentalmente, no feito originário, quer seja pelo meio recursal apropriado, a ser manejado pelas partes, compete avaliar a existência de possível alteração da demanda sem o consentimento do réu, bem como as eventuais consequências decorrentes de tal conduta.

Na esfera do pedido de suspensão de liminar, não estão em jogo propriamente a regularidade processual e mesmo a qualidade do decidido, mas sim se os impactos do que lá se veio a determinar são aptos a lesionar os bens jurídicos legislativamente tutelados pelo instituto.

De igual maneira, não serve esta via processual a aferir se subsistente desrespeito ao decidido no bojo da SLAT 0001971-05.2017.4.03.0000 – nem, portanto, relativamente ao Agravo de Instrumento nº 5006637-27.2018.4.03.0000.

Isso porque, para além da existência de instrumentos adequados ao processamento de pleito de referido teor, a exemplo da reclamação (artigos 988 e seguintes do Código de Processo Civil renovado), a própria apresentação da presente medida pelos requerentes em separado – não se valendo, a título de exemplo, do aditamento viabilizado pelo artigo 15, § 5º, Lei nº 12.016/2009 – é evidência de que se trata, *in casu*, de questão apartada daquela anteriormente decidida pelo Órgão Especial.

Superados esses pontos acima considerados, a verificação quanto à procedência do pedido que consta na inicial passa, necessariamente, por se perscrutar em que medida a liminar deferida pelo juízo *a quo* se traduziu em grave lesão à ordem, segurança e economia públicas.

No que concerne em específico à ordem pública, “através de clássico julgamento de pedido de suspensão de segurança no âmbito do extinto TFR, o ex-Ministro do STF Nery da Silveira fixou entendimento paradigmático quando se trata de definir ordem pública” (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 207), a saber:

[...] no juízo de ordem pública está compreendida, também, a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas autoridades constituídas.

Ordem pública, assim entendida, é forma de expressar necessária adequação na prestação dos serviços públicos, fazendo-o, como conceituado na Lei nº 8.987/1995, de modo a satisfazer “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, *caput*).

Na linha do exposto, e notadamente no caso do serviço de transporte – aqui materializado na manutenção e construção da malha rodoviária estadual –, a tutela à ordem pública traduz-se na necessidade de viabilizar ao Estado, no exercício de sua função administrativa-governamental, a capacidade de mobilizar e aplicar os recursos em soluções adequadas para o atendimento da população em seus deslocamentos terrestres.

Nesse sentido, o questionamento que exsurge nos autos é se o deferimento da liminar no feito de reg. nº 0000400-96.2017.4.03.6111 representa obstáculo à regular prestação do serviço público em questão.

Quanto ao ponto, verifica-se que o Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições para afeioar as políticas públicas adequadas a cada âmbito da atuação estatal, valeu-se do modelo de concessões para a administração, ampliação e manutenção das vias rodoviárias, mantendo-se, sob sua responsabilidade, apenas a fiscalização do serviço.

No caso concreto, isso se reflete, por um lado, na contratação da Entrevias Concessionária de Rodovias S. A., que gere a rodovia, e, por outro, na atuação da Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARTESP, como braço estatal fiscalizatório do ajuste.

Consoante esclarecem os requerentes, caracteriza-se o modelo de concessão utilizado no trecho sob análise – justamente com o intuito de assim atrair um número maior de con-

correntes e viabilizar propostas mais benéficas à concessão – pela necessidade de contínuo reequilíbrio econômico-financeiro da contratação, fazendo-o sem se valer de prorrogação de prazo de vigência do contrato para tanto:

Não bastasse a apuração de seu valor exigir cálculos complexos, o Contrato de Concessão, no dever legal de manter o equilíbrio financeiro do Contrato de Concessão, veda o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro por meio de prorrogação do prazo de vigência da concessão antes de decorridos dois primeiros ciclos de revisão ordinária, conforme Cláusula 23.3 combinada com Cláusula 23.1, alínea ‘i’: 23.1.

O PODER CONCEDENTE terá a prerrogativa de escolher a modalidade pela qual será implementada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, em especial, mas não exclusivamente, dentre as seguintes modalidades: i. Prorrogação ou redução do PRAZO DA CONCESSÃO; ii. Revisão no valor da TARIFA QUILOMÉTRICA; iii. Ressarcimento ou indenização; iv. Alteração do PLANO ORIGINAL DE INVESTIMENTOS ou do PLANO DE INVESTIMENTOS vigente; v. Revisão dos valores de OUTORGA fixa ou variável; vi. Combinação das modalidades anteriores ou outras permitidas pela legislação, a critério do PODER CONCEDENTE e observada a Cláusula 23.2. 23.3. Observado o regramento estabelecido neste CONTRATO, a ARTESP somente poderá se utilizar da extensão de PRAZO DA CONCESSÃO como meio para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, descrito na alínea “i” da Cláusula 23.1. acima, a partir do terceiro ciclo de REVISÕES ORDINÁRIAS de que tratam esse CONTRATO, sendo certo que para as duas primeiras REVISÕES ORDINÁRIAS, eventuais desequilíbrios observados e tratados no procedimento de tais REVISÕES ORDINÁRIAS somente poderão ser recompostos pelos demais meios estabelecidos nesta Cláusula; (g.n.).

Premissa posta, da decisão liminar proferida pelo juízo *a quo* – que, em síntese, inviabilizou a cobrança de pedágio em trecho da via concedida – advém, na prática, diminuição das receitas percebidas pela concessionária, ensejando, com isso, a possibilidade de que o Estado de São Paulo seja acionado, pela via da recomposição econômico-financeira, a arcar com as diferenças resultantes.

Ou seja, os valores percebidos pela concessionária, a título de pedágio do trecho da rodovia, não deixarão de ser exigidos pela contratante.

Pelo contrário: dos elementos todos constantes destes autos, o indicativo é de que tais quantias continuarão a ser adimplidas, diferenciando-se da sistemática anterior – qual seja, a do pedágio no trecho – apenas quanto à origem dos recursos utilizados para tanto.

Assim, se na solução viabilizada pelo contrato de concessão esses valores teriam como origem os pagamentos feitos pelos usuários que efetivamente transitam na estrada, no modelo ocasionado pela decisão liminar acabariam sendo retirados de outras fontes – tais como a majoração da tarifa em outros trechos e, em última análise, o próprio erário estadual.

Ocorre que a contingência em tela acarreta verdadeiro desajuste no modelo de gestão pública inicialmente estruturado pelo Estado de São Paulo, pois, afinal, se antes os custos mobilizados para a melhoria da via seriam arcados por seus próprios usuários, agora eles irão onerar pessoas que transitam em outros trechos da rodovia – que sofreriam com o aumento tarifário decorrente – ou, na hipótese de responsabilização do erário, todos os demais que nem sequer a utilizam, que estarão a arcar com o ônus tributário respectivo.

O que fez a decisão do juízo *a quo*, nesse particular, foi redistribuir o ônus de custeio das melhorias na via, seja dispersando-o para usuários diversos, seja impactando o erário estadual como um todo.

Daí se vislumbra a ocorrência de violação da ordem pública, na medida em que, ao deferir a tutela de urgência postulada, refee-se decisão de política pública tomada de há muito pelo âmbito competente para tanto, qual seja, o Governo Estadual, que, ao adotar modelo específico de concessões, entendeu por bem que, sobre os usuários de determinada via, deveriam recair os custos inerentes a sua melhoria.

Vale dizer, a decisão tolheu do Estado de São Paulo a capacidade de fazer valer as políticas que implementa, ao desconsiderar os impactos resultantes dessa inversão de papéis institucionais.

A inadequação do quanto deliberado se observa mesmo na circunstância de que, como o processo judicial tem limites subjetivos e objetivos bem definidos, acabou-se por criar um benefício injustificado aos indivíduos que transitam pelo trecho em questão.

Isso, à vista de que todos os demais que se utilizam da malha objeto da concessão – com os benefícios dela decorrentes – continuam pagando regularmente o pedágio.

A prevalecer os termos da tutela liminar deferida, e sempre se levando em conta, remarque-se, a necessidade de manutenção do equilíbrio contratual, potencialmente assumiram, em acréscimo, também o custeio desse trecho abarcado pelo provimento judicial em discussão.

Ao Poder Judiciário, nesse sentido, não cabe a instituição de políticas, mas a tutela de direitos, o que significa não ser de sua alçada determinar o formato pelo qual o Estado deve delegar um serviço público, nem quem deve custeá-lo. Exceções a essa regra devem ser justificadas como intervenções jurisdicionais aptas à tutela de direitos manifestamente violados - situação longe de se ver presente no caso dos autos.

Por outro lado, a decisão sob análise pode vir a representar óbice à prestação dos serviços públicos afetando, por consequência, também a economia pública, ao dificultar possivelmente a formalização de futuras concessões, as quais, mesmo se contratadas, estariam a gerar custo maior para o erário – e, por óbvio, para o usuário –, de modo a inviabilizar a modicidade tarifária que se objetiva com esse modelo.

A intervenção jurisdicional no equilíbrio econômico-financeiro contratual, nos moldes em que feita no caso concreto, estaria a representar, no futuro, risco a mais nesse tipo de atividade, cenário contratualmente traduzido em aumento do preço do serviço.

Dito de outra forma: como o concessionário precisa se resguardar também da possibilidade do desfalque econômico advindo de decisões judiciais impeditivas da cobrança do pedágio, acabam sendo ajustadas as expectativas de lucro e prejuízo considerando o empreendimento como tendo um maior risco, o que gera um aumento na remuneração exigida pelo mercado para prestá-lo.

Cabe salientar, de mais a mais, a existência de precedentes, inclusive na jurisprudência das Cortes Superiores, a referendar a tese da pertinência da suspensão, por meio de medida como a que se lançou mão presentemente, de decisão que “representa violação à ordem pública”, “provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o adequado exercício dos serviços pela Administração Pública ou pelos seus delegados”, no pressuposto de que “a possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão, por decisão judicial, impõe elevado ônus não só às concessionárias e ao poder concedente, mas também aos usuários das rodovias, pois coloca em risco a adequação da prestação do serviço público” (STF, Plenário, SL nº 274, rel. Ministro Cezar Peluso, j. em 2.3.2011, DJe de 5.4.2011, publ. em 6.4.2011).

No mesmo sentido, os julgados cujas ementas seguem transcritas abaixo, *in verbis*:

Suspensão de liminar (deferimento). Agravo regimental. Pedágio. Via alternativa. Impedimento de cobrança. Desequilíbrio econômico-financeiro. Afronta ao interesse público. Recurso improvido.

– Impedir a cobrança de pedágio – principal fonte de arrecadação da concessionária – dos usuários da rodovia principal até que a agravada proceda à melhoria da via alternativa tem potencial de causar desequilíbrio econômico-financeiro.

– Ao contrário dos pagantes que mantiverem seus recibos para garantir eventual ressarcimento, a concessionária não terá como recuperar o valor dos pedágios que deixar de recolher.

– Sem a receita advinda do preço público, a manutenção das rodovias de responsabilidade da concessionária restará comprometida, redundando em risco à segurança dos usuários, o que afronta o interesse público.

– Agravo improvido

(STJ, Corte Especial, AgRg na SL 34/PR, Rel. Min. Nilson Naves, 20.9.2004)

SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDÁGIO. REDUÇÃO DO PREÇO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. OCORRÊNCIA.

No âmbito do pedido de suspensão de medida liminar, em que não há dilação probatória, havendo controvérsia a respeito das regras do edital, prevalece a posição da Administração Pública face a presunção de legitimidade do ato administrativo.

Agravo regimental não provido.

(STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 1.240/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 6.6.2011)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSIONÁRIA ROTA DO OESTE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA REQUERENTE REJEITADA. SUSPENSÃO DE COBRANÇA DE TARIFAS DE PEDÁGIO POR DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça reconhece, excepcionalmente, legitimidade ativa para propositura de pedido de suspensão de liminar às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público), quando na defesa do interesse público primário, ou seja, apenas quando buscam tutelar bens relacionados, diretamente, ao interesse público (AgRg no AREsp 50887/AM, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 12/02/2016). Preliminar rejeitada.

2. *In casu*, a interferência do Poder Judiciário é capaz de causar grave lesão à ordem, a segurança e à economia públicas, visto que a concessionária não tem como recuperar os valores de pedágio não pagos, em razão da liminar concedida em Primeira Instância, o que pode comprometer a capacidade de se realizar satisfatoriamente os investimentos indispensáveis à preservação da segurança dos usuários da rodovia.

3. Os usuários, por outro lado, na medida em que interessados na recuperação desses valores, e cuja devolução venha a ser eventualmente determinada, podem, para esse fim, conservar a posse dos bilhetes pagos a título de pedágio. Verifica-se, portanto, o *periculum in mora* inverso.

4. As alegações do agravante não são suficientes para infirmar ou ilidir as razões que fundamentaram a decisão agravada, uma vez que a possibilidade de grave lesão à ordem pública ficou devidamente configurada, bem como o potencial lesivo à economia e à segurança públicas.

5. Agravo regimental não provido.

(TRF1, Corte Especial, Ag na SLAT nº 0018552-86.2016.4.01.0000, rel. Des. Fed Hilton Queiroz, 6.3.2017)

Por fim, convém ressaltar que a instituição do sistema ponto-a-ponto, como possível

alternativa à vedação da cobrança do pedágio pela via tradicional, nos termos indicados na decisão, parece não constituir, ao menos neste momento, opção concretamente viável.

Isso porque o sistema em questão encontra-se ainda em fase inicial de implantação nas rodovias do estado, panorama evidenciado inclusive na ausência de obrigatoriedade da utilização do dispositivo que permite esse tipo de cobrança, não se permitindo ignorar, até mesmo, os custos relativos à efetiva adoção – os quais acabariam sendo arcados, diretamente ou indiretamente, pelo erário e, em última instância, por todos os contribuintes em São Paulo.

Em conclusão, tudo avaliado acima está a indicar que a decisão proferida pelo juízo *a quo* gera potencial dano à ordem e economia públicas, na medida em que, ao substituir-se ao administrador, tem o condão de acarretar redistribuição dos custos da concessão, além de afetar a modicidade de tarifas em futuras concessões, aspectos que colocam em evidência risco na prestação do serviço público em destaque, e, por consequência, ensejam o deferimento do pedido suspensivo apresentado.

Oportuno registrar apenas, tendo-se em conta a extensão do pleito aqui formulado, almejando que a suspensão perdure “até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal”, a pertinência do parcial acolhimento do pedido em tela, para que persista a sustação apenas até a análise, no mérito, por Turma julgadora no âmbito deste Tribunal, da questão subjacente a esta suspensão, momento em que, em razão da substitutividade recursal (art. 1.008, CPC), resta esvaziada a competência desta Presidência para conhecer de eventual pleito de teor semelhante – se a decisão paradigma não mais é de primeiro grau de jurisdição, mas advém desta própria Corte Federal, caberia ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal conhecer de eventual renovação do pleito suspensivo.

Ante o exposto, *defiro* em parte o pedido inicial, fazendo-o para determinar, até que sobrevenha a análise da questão, no mérito, por órgão julgador este Tribunal Regional Federal, a suspensão da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0000400-96.2017.4.03.6111 que determinou a suspensão da operação da praça de pedágio do KM 315 da Rodovia SP-333.

Comuniquem-se, com urgência, o juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marília e o Relator do Agravo de Instrumento nº 5006637-27.2018.4.03.0000.

Intimem-se.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, archive-se.

São Paulo, 27 de julho de 2018.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

Direito Ambiental



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0004747-89.2009.4.03.6100

(2009.61.00.004747-1)

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Apelados: LÍVIA RODRIGUES DA SILVA E LUCIANO ANTAS BUGALHO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: ApReeNec 322492

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AVE SILVESTRE ADAPTADA HÁ ANOS AO AMBIENTE DOMÉSTICO. MANUTENÇÃO DA GUARDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Os apelados receberam as aves “Bia” e “Babi” em meados de 2002, em razão da mudança de seus vizinhos, os quais eram os possuidores originários. A ave denominada “Bia” ostenta doença crônica não podendo ser solta no meio ambiente, pois não apresenta empenamento para o voo, conforme constante do relatório de atendimento clínico. Já no tocante a outra ave, “Babi”, observa-se que não apresenta o bico superior,
2. Da análise dos autos, constata-se que as duas aves dependem de cuidados especiais, conforme os relatórios veterinários acima transcritos, observa-se que “Bia” padece de problemas dermatológicos, cujo tratamento dispensa cuidados especiais, inclusive com a necessidade de utilização de medicamentos para se manter estável e “Babi” por não possuir o bico superior, não tem condições de se alimentar sozinha, necessitando de alimentação através de seringas.
3. As aves encontram-se na posse dos impetrantes há mais de 15 anos, integradas ao ambiente doméstico e às pessoas que ali convivem, aliás, observa-se grande dedicação dos impetrantes às aves, através dos cuidados despendidos com as mesmas, que se submetem a consultas periódicas no Hospital Veterinário, que consomem tempo e dinheiro, além do trabalho quanto à alimentação da “Babi” que não possui o bico superior, o que configuram responsabilidade e carinho pelas aves.
4. Tendo em mente que o fim último da norma é a proteção e o bem estar dos animais, as peculiaridades do caso indicam que a medida mais adequada a atender esses fins é a manutenção das aves sob custódia da impetrante e de sua família.
5. Insta consignar que as situações fáticas submetidas à apreciação do Poder Judiciário devem ser analisadas sempre à luz do princípio da razoabilidade, de modo que em se tratando de aves que comprovadamente estão sob a guarda da impetrante há muitos anos, supõe-se que a reintrodução dos animais ao meio ambiente seria improvável, devendo também ser considerada a relação de afeto da impetrante com os animais.
6. A reintrodução das aves em seu habitat natural ou até mesmo a manutenção destes em criadouros autorizados pelo Ibama, pode causar um quadro de estresse aos animais, porquanto estão habituados ao ambiente familiar. Além de cruel, tal solução seria desproporcional: seria medida por demais rigorosa e não atingiria o fim visado pela norma.

7. Entendimento em harmonia com a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça que admite a manutenção de animal silvestre em ambiente doméstico, quando já adaptado a este por muitos anos e, notadamente, quando as circunstâncias fáticas não recomendarem o retorno ao seu habitat natural.
8. Apelo e remessa oficial desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelos votos das Desembargadoras Federais Marli Ferreira, Mônica Nobre (votou em ampliação de quorum, nos termos do art. 942, §1º, do CPC) e Diva Malerbi (convocada para votar, nos termos dos arts. 53 e 260, §1º, do RITRF3). Vencido o Desembargador Federal André Nabarrete, que dava provimento ao apelo e à remessa oficial.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Livia Rodrigues da Silva e Luciano Antas Bugalho, em face do Gerente Executivo do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, visando à manutenção de dois exemplares da espécie *Amazona Aestiva*, da família dos papagaios verdadeiros, em seu domicílio familiar.

Sustentam os impetrantes que, desde 2002, cuidam das duas aves, Bia e Babi, que nasceram e foram criadas em cativeiro, sempre convivendo com os impetrantes e seus familiares. Afirmam que em 2003 foram adquiridas argolas de identificação para as aves e no ano de 2005, pactuaram com IBAMA o “Termo de Contrato Voluntário de Animais Silvestres.”

Aduz que o Ibama não autorizou a prorrogação do referido contrato de guarda voluntária sob a alegação de que não mais existe a figura do depósito de animais silvestres e a consequência é a devolução das aves ao Instituto impetrado.

Às fls. 37/39, a liminar foi deferida, objeto de agravo de instrumento cuja suspensão dos efeitos da decisão agravada foi indeferida.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar que as duas aves descritas na inicial permaneçam sob companhia e guarda dos impetrantes, extinguindo o feito nos termos do art. 269, I do CPC/73. Sem condenação em honorários advocatícios a teor da Súmula 512 do STF (fls. 115/120).

Apela o Ibama, requerendo a reforma da r. sentença (fls. 132/138).

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pela manutenção da r. sentença (fls. 150/154).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Os impetrantes ajuizaram o presente *writ* com o objetivo de manter a custódia de duas aves da espécie *Amazona Aestiva*, conhecida como Papagaio Verdadeiro.

Os apelados receberam as aves “Bia” e “Babi” em meados de 2002, em razão da mudança de seus vizinhos, os quais eram os possuidores originários.

A ave denominada “Bia” ostenta doença crônica e não pode ser solta no meio ambiente, pois não apresenta empenamento para o voo, conforme constante do relatório de atendimento clínico, confira-se:

A ave foi doada já doente para a proprietária em meados de julho de 2002. Na ocasião, a ave apresentava ausência de penas (áreas aptéricas) em região correspondente a ambos os membros pélvicos e em região peitoral. Havia lesões ulcerativas compatíveis com dermatite bacteriana em membros pélvicos.

Foram realizados vários tratamentos com antibióticos, havendo melhora parcial do quadro com consequentes recidivas. Após 1 ano de tratamento, com uso de colares que evitassem a ave bicar a região e agravar o quadro, foi decidido fazer tratamento homeopático.

Em 2007, a ave recebeu vários medicamentos, com continuidade por todo o ano de 2008. O acompanhamento está sendo através de consultas agendadas juntamente com o Prof. Nilson Benites, da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo. A ave apresenta atualmente dependência das medicações para se manter estável. O animal ainda permanece em tratamento e acompanhamento mensal. A ave não tem condições de ser solta no meio ambiente, pois não apresenta empenamento para o voo (...)

Já no tocante a outra ave, “Babi”, observa-se que não apresenta o bico superior, conforme o relatório de atendimento clínico:

A ave foi doada para a proprietária em janeiro de 2003, apresentando ausência do bico superior. O animal veio filhote, com dificuldades em se alimentar e com infecção ao redor das narinas. Na ocasião recebeu antibioticoterapia e alimentação forçada através de papas para filhotes de papagaio encontradas no mercado, a ave recebe papara de filhote até hoje. A alimentação é dada através de seringas, diretamente no bico, 3 vezes ao dia, porque a ave apresenta dificuldade em se alimentar sozinha.

A interação do animal com os proprietários é muito boa, estando atualmente com boa conformação de musculatura peitoral (bem nutrida) e empenamento completo. A ave não poderá participar dos programas de soltura, pois não apresenta parte do bico, o que é essencial para a sobrevivência da espécie em vida livre.

Da análise dos autos, constata-se que as duas aves dependem de cuidados especiais, conforme os relatórios veterinários acima transcritos, observa-se que “Bia” padece de problemas dermatológicos, cujo tratamento dispensa cuidados especiais, inclusive com a necessidade de utilização de medicamentos para se manter estável e “Babi” por não possuir o bico superior, não tem condições de se alimentar sozinha, necessitando de alimentação através de seringas.

Com efeito, as aves encontram-se na posse dos impetrantes há mais de 15 anos, integradas ao ambiente doméstico e às pessoas que ali convivem, aliás, observa-se grande dedicação dos impetrantes às aves, através dos cuidados despendidos com as mesmas, que se submetem a consultas periódicas no Hospital Veterinário, que consomem tempo e dinheiro, além do

trabalho quanto à alimentação da “Babi” que não possui o bico superior, o que configuram responsabilidade e carinho pelas aves.

É de bem ver que a família demonstra-se extremamente diligente no que tange à saúde das aves, tendo sempre buscado melhor qualidade de vida para os animais,

Assim, tendo em mente que o fim último da norma é a proteção e o bem estar dos animais, as peculiaridades do caso indicam que a medida mais adequada a atender esses fins é a manutenção das aves sob custódia dos impetrantes e de sua família.

Insta consignar que as situações fáticas submetidas à apreciação do Poder Judiciário devem ser analisadas sempre à luz do princípio da razoabilidade, de modo que em se tratando de aves que comprovadamente estão sob a guarda dos impetrantes há muitos anos, supõe-se que a reintrodução dos animais ao meio ambiente seria improvável, devendo também ser considerada a relação de afeto dos impetrantes com os animais.

Forçoso ressaltar, ainda, que a reintrodução das aves em seu habitat natural ou até mesmo a manutenção destes em criadouros autorizados pelo Ibama, pode causar um quadro de estresse aos animais, porquanto estão habituados ao ambiente familiar. Além de cruel, tal solução seria desproporcional: seria medida por demais rigorosa e não atingiria o fim visado pela norma.

Ademais, esse entendimento encontra-se em harmonia com a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça que admite a manutenção de animal silvestre em ambiente doméstico, quando já adaptado a este por muitos anos e, notadamente, quando as circunstâncias fáticas não recomendarem o retorno ao seu habitat natural.

Confira-se:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMBIENTAL. GUARDA DOMÉSTICA DE PAPAGAIOS. ANIMAIS ADAPTADOS AO CONVÍVIO DOMÉSTICO. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA POSSE. AGRAVO INTERNO DO IBAMA DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior consolidou entendimento da possibilidade de manutenção de animal silvestre em ambiente doméstico quando já adaptado ao cativeiro por muitos anos, em especial, e quando as circunstâncias fáticas não recomendarem o retorno ao seu habitat natural, como ocorreu no caso dos autos. Precedentes: AgInt no REsp. 1.389.418/PB, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 27.9.2017; AgInt no REsp. 1.553.553/PE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 28.8.2017.

2. Agravo Interno do IBAMA desprovido.

(AgInt no AREsp 668.359/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE ANIMAL. LONGO CONVÍVIO EM AMBIENTE DOMÉSTICO. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICABILIDADE.

1. Inviável a análise de infringência aos dispositivos legais tidos por malferidos de forma dissociada dos elementos que o Tribunal *a quo*, à luz do acervo fático-probatório da causa, considerou como predominantes e preponderantes para a solução da controvérsia, no caso, a longa permanência da ave no convívio doméstico com a autora, a ausência de maus-tratos e o evidente prejuízo ao animal na hipótese de reintegração ao seu habitat natural. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Esta Corte em diversos precedentes firmou entendimento segundo o qual, em casos como os tais, não se mostra plausível que o direito à apreensão do animal dê-se exclusivamente

sobre a ótica da estrita legalidade. Há que se perquirir, como bem ponderaram as instâncias ordinárias, sobre o propósito e finalidade da Lei Ambiental que sabidamente é voltada à melhor proteção do animal. Desse intuito não se afastou o aresto recorrido quando considerou que - diante da peculiaridade do caso concreto e em atenção ao princípio da razoabilidade - deva a ave permanecer no ambiente doméstico do qual jamais se afastou em 15 anos.

3. Rechaçadas as afirmações do Ibama relativas à eventual desvirtuamento da finalidade da Lei Ambiental atribuídas a este Relator e, por conseguinte, desta Casa de Justiça. A prestação jurisdicional que se exige volta-se exclusivamente ao caso concreto - esse suficientemente examinado e decidido à luz do direito aplicável e com base em jurisprudência consolidada desta Corte Superior.

4. O entendimento contrário a tese do insurgente não autoriza a conclusão de que os institutos legais protetivos à fauna e flora tenham sido maculados, tampouco que haja chancela ou mesmo autorização para o cativeiro ilegal de aves silvestres como aduz o agravante. Tais argumentações, além de digressivas, revelam-se inoportunas pois evocam temas e debate alheio ao presente feito, a não merecer amparo porquanto evidentemente desprovidas de fundamentação concreta.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1389418/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. APREENSÃO DE AVE SILVESTRE. CONVIVÊNCIA POR VINTE E DOIS ANOS. MANUTENÇÃO DA GUARDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Não há omissão no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Precedentes.

II. O Tribunal *a quo*, soberano na análise do material cognitivo produzido nos autos, entendeu que, em face das peculiaridades do caso concreto, deve ser aplicado o princípio da razoabilidade, já que a ave convive com a recorrida há mais de vinte e dois anos, está completamente adaptada ao convívio e ambiente humanos, “sendo esse agora o seu verdadeiro habitat, afigurando-se improvável o sucesso da reintrodução do pássaro no mundo selvagem”. Acrescentou, ainda, que a parte autora “adquiriu a ave antes do advento de qualquer norma proibitiva, agindo, na época, em conformidade com a legislação ambiental e com a cultura local” e, “após o advento da proibição, procurou, de boa-fé, regularizar a sua situação perante o órgão ambiental, quando, somente naquela ocasião, a autarquia teve conhecimento do suposto ilícito”; e que “a relação de afeto entre a apelada e o animal já dura mais de 20 anos e consta nos autos informações de que o pássaro recebe um tratamento adequado”. Nesse contexto, a inversão do julgado exigiria, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, inviável, na via eleita, a teor do enunciado sumular 7/STJ.

III. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 333.105/PB, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. APREENSÃO DE MACACO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1º DA LEI 5.197/1997 E DO ART. 25 DA LEI 9.605/1998. INEXISTÊNCIA.

1. Hipótese em que foi assegurada a posse do impetrante sobre uma fêmea de “macaco-barrigudo”, mantida em cativeiro doméstico por mais de 19 (dezenove) anos e apreendida pelo Ibama por falta de autorização.

2. O Tribunal Regional afastou a necessidade de dilação probatória e manteve a sentença

concessiva da segurança com base nas peculiaridades do caso concreto, sobretudo a dificuldade de adaptação do animal a um novo habitat; o bom estado de saúde demonstrado pelo boletim de ocorrência, o laudo médico e demais documentos colacionados aos autos pelo impetrante; e a relevância do interesse humano envolvido, considerando que a criação da primata pelo longo período gerou vínculo afetivo com a família, em especial com uma pessoa com deficiência mental.

3. A fauna silvestre, constituída por animais “que vivem naturalmente fora do cativeiro”, conforme expressão legal, é propriedade do Estado (isto é, da União) e, portanto, bem público. *In casu*, ainda que não se possa afirmar tratar-se de animal totalmente domesticado, o longo período de vivência em cativeiro doméstico mitiga a sua qualificação como silvestre.

4. Inexiste violação do art. 1º da Lei 5.197/1997 e do art. 25 da Lei 9.605/1998, pois a hipótese em análise é *sui generis* e legítima as razoáveis ponderações feitas pelo julgador ordinário para assegurar o direito à manutenção da posse da macaca com o impetrante e sua família. Não se pode olvidar que a legislação deve buscar a efetiva proteção dos animais, finalidade observada pelo julgador ordinário. Incidência da Súmula 7 do STJ.

5. Recurso Especial não provido.

(RESP 1.085.045, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 04/05/2011)

No mesmo sentido é o entendimento desta E. Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. CRIAÇÃO DOMÉSTICA DE AVE SILVESTRE - PAPAGAIO “NÊGO” (AMAZONA AESTIVA) - SEM A DEVIDA PERMISSÃO, LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. PRETENSÃO DA FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL EM VÊ-LA DEVOLVIDA À VIDA SELVAGEM OU ENTREGUE A ZOOLOGICO: DESPROPÓSITO, NA SINGULARIDADE DO CASO (AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE). ANIMAL JÁ DOMESTICADO E MUITÍSSIMO BEM TRATADO POR PESSOA QUE LHE DEDICA AFETO E DISPENDIOSOS CUIDADOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO IBAMA REJEITADA. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

1. A diligência que foi levada a efeito por equipe de policiamento ambiental do Estado de São Paulo, resultou na autuação (multa) e apreensão de quatro aves silvestres, dentre as quais o papagaio “Nego”, por infração ao artigo 25, § 3º, inciso III, da Resolução SMA nº 48/2014 - ter em cativeiro espécies da fauna nativa silvestre sem autorização do órgão ambiental competente. Referida norma infralegal da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo dispõe sobre as condutas infracionais ao meio ambiente e suas respectivas sanções administrativas, em regulamentação à Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ao Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, e ao Decreto Estadual nº 60.342, de 04 de abril de 2014. Logo, não se afigura descabida a indicação do IBAMA como parte passiva, até porque remanesce interesse quanto à manutenção e guarda definitiva do pássaro. Nada impede, porém, que o tema seja detidamente analisado no feito originário, oportunizado o contraditório.

2. Os documentos acostados aos autos (auto de infração ambiental e anexos) demonstram que a ave não sofria maus tratos e nem há indícios de que os agravantes desenvolvam atividade econômica ligada à comercialização de aves silvestres.

3. Na singularidade, a devolução da ave - aclimatada a um suave cativeiro, sem sofrer maus tratos e sendo bem cuidada - ao seu habitat natural ou mesmo a entrega a zoológicos não seria razoável tendo em vista que já está adaptada ao convívio doméstico há muito tempo; já perdeu o contato com o habitat natural (se é que algum dia o teve) e estabeleceu laços afetivos com os agravantes, de modo a tornar a mudança arriscada para a sobrevivência da ave, com perigo de frustração da suposta readaptação.

4. Ao Judiciário cabe também aplicar a lei atendendo a seus fins; a legislação ambiental específica dos animais busca a proteção deles, e de modo algum a ave carinhosamente chamada de “nego” estaria melhor se lançada à sanha de seus predadores ou aprisionada em zoológico.

Destarte, deve ser, mesmo que excepcionalmente, reconhecido o direito da parte agravante de permanecer na posse e propriedade da ave indicada na peça inicial.

5. Preliminar arguida em contraminuta rejeitada. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 571690 - 0027849-97.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/08/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IBAMA. GUARDA DE ANIMAL SILVESTRE. FINALIDADE MAIOR DAS NORMAS AMBIENTAIS É PROTEÇÃO DOS ANIMAIS. AVE ADAPTADA HÁ ANOS AO AMBIENTE DOMÉSTICO. APELAÇÃO DESPROVIDA. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - *caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.

2. A questão posta nos autos diz respeito a pedido de reconhecimento de guarda definitiva de ave silvestre por parte de Catarina Maria Cajueiro de Carvalho Cayres, em razão de negativa de renovação de Termo de Depositário Voluntário de Animais Silvestres pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, com requisição de imediata devolução dos pássaros.

3. A Juíza *a quo* entendeu pelo direito da autora de permanecer com a ave. A autarquia ré, em suas razões recursais, devolveu toda matéria a este E. Tribunal.

4. Pois bem, não obstante o apelante tenha fundamentado o indeferimento do pedido de renovação do Termo de Depositário Voluntário de Animais Silvestres, com base na Resolução CONAMA 384/2006, dentre outros pontos, afirmando que os papagaios não são provenientes de apreensão dos órgãos ambientais, a prova documental trazida aos autos é indicativa de que os pássaros estão adaptados ao ambiente doméstico, pois permaneceram com a autora, por quase trinta anos, tendo a ré, inclusive, conhecimento sobre essa posse desde 1999, quando a requerente buscou regularizar a situação.

5. Note-se, ainda, que a intervenção estatal, “*in casu*”, deve-se mostrar apta a atingir os objetivos pretendidos. A finalidade maior das normas ambientais aplicáveis à questão é a maior proteção aos animais silvestres. Logo, a devolução destes à natureza depois de tantos anos revela-se desproporcional aos objetivos pretendidos pela autarquia ambiental.

6. A hipótese diferencia-se da situação na qual os animais são custodiados de forma ilícita, ainda não plenamente adaptados ao ambiente doméstico, quando a devolução destes ao ambiente natural não gera problemas de adaptação, mas apenas lhes devolve ao seu verdadeiro habitat.

7. No mais, pacificou-se a jurisprudência no sentido da necessidade de uma análise específica para cada caso concreto, no que tange à apreensão de aves adaptadas ao ambiente doméstico.

7. Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática.

8. Agravo legal desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1843078 - 0004215-17.2011.4.03.6110, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, julgado em 10/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/03/2016)

Ante o exposto, nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

Sem condenação em honorários advocatícios a teor das Sumulas 512 do STF e 105 do STJ.
É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

Remessa oficial e apelação do IBAMA contra sentença por meio da qual foi concedida a segurança e confirmada a liminar para manter a impetrante na condição de fiel depositária de duas aves (*Amazona Aestiva*, da família dos papagaios verdadeiros).

O eminente Relator negou provimento ao recurso e à remessa oficial por entender que “as peculiaridades do caso indicam que a medida mais adequada a atender esses fins é a manutenção das aves sob custódia da impetrante e de sua família” e que “situações fáticas submetidas à apreciação do Poder Judiciário devem ser analisadas sempre à luz do princípio da razoabilidade, de modo que em se tratando de aves que comprovadamente estão sob a guarda da impetrante há muitos anos, supõe-se que a reintrodução dos animais ao meio ambiente seria improvável, devendo também ser considerada a relação de afeto da impetrante com os animais”. Com a devida vênia, divirjo.

A vocação natural das espécies silvestres é viverem livres em seu *habitat*. O cativeiro por longo período - situação de ilegalidade - não pode legitimar seu depósito.

Aves não existem para viver em casa de família. A consciência ambiental exclui noções de propriedade ou posse. A afeição do ser humano a elas não justifica privá-las de liberdade. A proteção ambiental pressupõe que se respeite a fauna no seu *habitat* natural.

Ante o exposto, *dou provimento ao apelo e à remessa*, a fim de denegar a ordem e cassar a liminar. Sem honorários, *ex vi* do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

É como voto

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0001315-26.2014.4.03.6120
(2014.61.20.001315-4)

Apelantes: LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: Ap 2075277

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2018

EMENTA

CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE REGRESSO MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPREGADORA RESPONSÁVEL PELO ACIDENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA AO SAT. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ART. 120 DA LEI 8.213/91. CULPA DA RÉ DEMONSTRADA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. FUNDO DE DIREITO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 85/STJ. HONORÁRIOS. ARBITRADOS NOS MOLDES DO ART. 20, §3º, DO CPC/73.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o prazo prescricional quinquenal das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, previsto pelo art. 1º do Decreto n. 20.910/32, deve ser aplicado às hipóteses em que a Fazenda Pública é autora, como nas demandas que visam restituição ao erário. (AGARESP 201502117333, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 16/11/2015); (AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/5/2014, DJe 19/5/2014); (EDcl no REsp 1.349.481/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 3/2/2014).

2. Conforme se verifica do art. 120 da Lei nº 8.213/91, o fundamento da ação regressiva proposta pela Previdência Social em face daquele que negligencia as normas padrões de segurança e higiene do trabalho é a concessão do benefício acidentário. Assim, da data de início do benefício previdenciário (19/11/2009), oportunidade que o instituto apelante já dispunha de todos os elementos para a propositura da ação, até o ajuizamento da demanda (14/02/2014), não havia transcorrido o prazo prescricional de cinco anos.

3. Não se aplica ao caso a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a relação jurídica de trato sucessivo dá-se, tão somente, entre o segurado ou seus dependentes e a Previdência, consubstanciada na prestação devida a título de benefício decorrente do acidente de trabalho. Logo, permanece incólume a pretensão ressarcitória do INSS.

4. A imposição de ressarcimento do INSS de valores pagos a título de benefícios acidentários, em casos de atuação negligente do empregador, não se confunde com o pagamento do SAT para o custeio geral dos benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho relativamente a riscos ordinários do empreendimento. (REsp 1666241/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em

27/06/2017, DJe 30/06/2017).

5. Ação regressiva ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) visando ao ressarcimento dos valores já despendidos a título de pagamento de benefício previdenciário, bem como dos valores que ainda serão destinados a tal fim, em decorrência de acidente de trabalho ocorrido por culpa do empregador.

6. A empresa deve responder, em sede de ação regressiva, pelos valores pagos pela Autarquia Previdenciária nos casos em que o benefício decorra de acidente laboral ocorrido por culpa da empresa pelo descumprimento das normas de higiene e segurança do trabalho. (art. 19, § 1º c/c art. 120, da Lei nº 8.213/91).

7. Da análise do conjunto probatório, impõe-se a conclusão de que a Ré incorreu em descumprimento de normas regulamentares de segurança do trabalho, sendo, portanto, devido o ressarcimento ao INSS do valor do benefício previdenciário pago ao segurado.

8. Segundo consta dos autos, o segurado, contratado da empresa “LEGUS” para a função de Auxiliar de Produção, sofreu acidente de trabalho fatal nas dependências da empresa ao ser atingido por descarga elétrica no instante em que operava máquina seladora de embalagem plástica.

9. Após inspeções físicas no local do acidente, oitivas de pessoas presentes e auditoria de documentos, o Auditor Fiscal do Trabalho indicou diversas irregularidades relacionadas à negligência da empresa, que deixou de adotar as cautelas indispensáveis para a antecipação dos riscos do acidente.

10. Apontou no “Relatório de Análise de Acidente Fatal” para a falta de aterramento elétrico da máquina em que ocorreu o acidente, partes vivas expostas do circuito elétrico, ausência de manutenção preventiva de máquinas e equipamentos da empresa e inadequação das instalações.

11. A empresa não adotou medidas básicas de segurança na manutenção dos equipamentos empregados na sua atividade, as quais, certamente, poderiam evitar o acidente. Omitiu-se de seus deveres legais, permitindo que seu empregado operasse máquina seladora sem condições de funcionamento, sem aterramento elétrico, em contato com piso molhado, com cabo de força displicentemente emendado com “fita isolante”.

12. Os testemunhos dos funcionários à autoridade policial competente corroboram a negligência da “LEGUS”, a falta de fiscalização no ambiente de trabalho, a ausência de manutenção adequada das máquinas e a adoção de medidas paliativas por responsáveis da manutenção.

13. Diversas violações cometidas pela empresa contribuíram decisivamente para o episódio e comprovam a negligência da empresa no caso quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual dos seus empregados. Portanto, o ressarcimento do valor do benefício de pensão por morte do segurado ao INSS é medida que se impõe.

14. Quanto ao pedido de indeferimento de constituição de capital nos termos do art. 475-Q do CPC/73, não conheço do recurso da ré, porquanto não integra pedido do INSS.

15. Nos casos em que há condenação a pagamento de valores, a verba honorária deve ser fixada com base nesse montante, observando o que dispõe o art. 20, § 3º do CPC/73. (REsp 469.557/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 24/05/2010).

16. Recurso de Apelação da ré conhecido em parte e não provido e Apelação do INSS provido.

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, *conhecer parcialmente* e, na parte conhecida, *negar provimento* ao recurso de apelação da LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA e *dar provimento* à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de junho de 2018.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Trata-se de ação regressiva ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com base nos artigos 120 e 121 da Lei nº 8.213/91, em desfavor de LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA, objetivando o ressarcimento dos valores despendidos com o pagamento de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho sofrido por Sr. Willian dos Santos Paixão, supostamente por negligência da empresa no cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho.

Sobreveio sentença proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Araraquara/SP, que concluiu pela procedência do pedido, condenando a empresa a ressarcir ao INSS os valores pagos até a propositura da ação e as parcelas vindouras a título de benefício de pensão por morte, valores devidamente corrigidos pela Taxa SELIC. Condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais). (fls. 1.142/1.145)

O INSS apela. Requer, basicamente, a majoração dos honorários advocatícios, para que seja fixado com base no valor da condenação, nos moldes estabelecidos pelo art. 20, § 3º do CPC/73. (fls. 1.147/1.149)

A “LEGUS” insurge-se também contra a sentença. Sustenta, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição trienal, nos termos do art. 206, §3º, V, do CC/02. No mérito, aduz que o direito regressivo do INSS em reembolsar valores pagos ao segurado e o pagamento de contribuição previdenciária ao SAT, exação criada para suportar os custos das contingências acidentárias, configura *bis in idem*; e, em ordem sucessiva, requer o reconhecimento de culpa exclusiva da vítima, ou então, a declaração de culpa concorrente pela ocorrência do evento danoso. Subsidiariamente, pleiteia a fixação de termo *a quo* da obrigação de ressarcimento tão somente a partir da data da propositura da ação e a improcedência de constituição de capital nos termos do art. 475-Q do CPC/73. (fls. 1.150/1.163)

Com contrarrazões (fls. 1.169/1.172; 1.173/1.175), subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Da constituição de capital

Quanto ao pedido de indeferimento de constituição de capital nos termos do art. 475-Q do CPC/73, não conheço do recurso, porquanto não integra pedido do INSS. (vide exordial)

Da prescrição

Inicialmente, consigno que a ação regressiva de danos decorrentes de acidente do trabalho, não é imprescritível, não se aplicando ao caso a norma constante do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Isso porque o dispositivo constitucional em tela estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em relação aos “ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não”.

Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 581), agente público é gênero de que são espécie os agentes políticos, os servidores públicos (estatutários, empregados ou temporários), os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público (por delegação, mediante requisição, nomeação ou designação ou como gestores de negócio).

Depreende-se, portanto, que a regra aplica-se aos ilícitos praticados por agentes públicos em sentido amplo, ou seja, qualquer agente que haja em nome do Poder Público, abrangendo servidores, todos os que ocupam cargos na Administração, os particulares agindo por delegação e ainda os particulares que agem em concurso com agentes públicos.

Em vista disso, tratando-se de exceção à regra geral da prescrição, atinente às normas constitucionais aplicáveis à Administração Pública, não há como emprestar à referida norma interpretação extensiva, de forma a alcançar quem não seja agente público.

Assim, como a apelada não se encontrava investida de função pública quando da prática do alegado ilícito, a ela não se aplicam as disposições do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, quanto à imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

Quanto ao prazo prescricional aplicável à espécie, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o prazo prescricional quinquenal das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública deve ser aplicado aos casos em que a Fazenda Pública é autora, como nas ações regressivas por acidente de trabalho:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESCRIÇÃO.

1. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, assentou a orientação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública é quinquenal, conforme previsto no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932, e não trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC/2002.

2. A jurisprudência é firme no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o mesmo prazo deve ser aplicado nos casos em que a Fazenda Pública é autora, como nas ações de regresso acidentária. Precedentes: AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Ministro Humberto Martins,

Segunda Turma, DJe 19.5.2014; AgRg no AREsp 523.412/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.9.2014; e AgRg no REsp 1.365.905/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25.11.2014.

3. “A natureza ressarcitória de tal demanda afasta a aplicação do regime jurídico-legal previdenciário, não se podendo, por isso, cogitar de imprescritibilidade de seu ajuizamento em face do empregador” (AgRg no REsp 1.493.106/PB, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 15.12.2014).

4. O Tribunal *a quo* consignou que o acidente de trabalho ocorreu em 14.12.2001 e o INSS concedeu benefício de pensão por morte à dependente do segurado acidentado, o que vem sendo pago desde 1º.1.2002. A propositura da Ação de Regresso ocorreu em 2.6.2010 (fl. 524, e-STJ). Assim, está caracterizada a prescrição.

5. O agravante reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando nenhum argumento novo.

6. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 639.952/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 06/04/2015).

Compartilha do entendimento a Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. NATUREZA CIVIL DA REPARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. APELO DESPROVIDO.

1- A hipótese é de ação regressiva proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de ex-empregador, objetivando o ressarcimento dos valores pagos pela Autarquia relativos a benefícios acidentários, em função de suposta negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho (Art. 120 da Lei 8.213/90).

2- A imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, refere-se ao direito da Administração Pública de obter o ressarcimento de danos ao seu patrimônio decorrentes de atos de agentes públicos, servidores ou não. Tal hipótese é taxativa e, por se tratar de exceção à regra da prescritibilidade, não pode ser ampliada com o escopo de abarcar a ação de reparação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, cuja natureza é nitidamente civil.

3- Em razão do princípio da especialidade, o prazo de prescrição das ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, consoante dispõe o art. 1º do Decreto n. 20.910/32, que não foi revogado pelo Código Civil (lei geral) em vigor. Precedente: REsp 1.251.993/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, conforme o disposto no art. 543-C do CPC.

4- Em sintonia com o entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça e em observância ao princípio da isonomia, o prazo prescricional aplicável às hipóteses em que a Fazenda Pública é autora (como *in casu*) deve ser o quinquenal. Precedentes.

5- Nos termos do art. 120 da Lei n. 8.213/91, o fundamento da ação regressiva é a concessão do benefício acidentário em caso de negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho.

6- Assim, a partir da data do início do benefício surge para o INSS a pretensão de se ver ressarcido dos valores despendidos para o pagamento das prestações mensais em favor do segurado ou seus dependentes.

7- Não há como se acolher a tese da Autarquia Previdenciária no sentido de que a prescrição não atingiria o fundo de direito, mas, tão-somente, as prestações vencidas antes do quinquênio que antecede o ajuizamento da ação regressiva. Isto porque a natureza da reparação buscada é civil e, portanto, tem como fundamento o ato ilícito do empregador (inobservância

das normas de segurança e higiene do trabalho) que gerou o dano (concessão do benefício).
8- A relação jurídica entre o INSS e o empregador negligente, diferentemente daquela existente entre o INSS e o segurado, não possui trato sucessivo, de maneira que a prescrição, em ocorrendo, atinge o fundo de direito.

9- Tampouco prospera o pleito de redução dos honorários advocatícios arbitrados em primeira instância, uma vez que o montante fixado a título de verba honorária foi estabelecido de acordo com os critérios de justiça e razoabilidade, bem como nos moldes previstos no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

10- O *decisum* prolatado em primeiro grau não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento suscitado pelo Instituto Autárquico em seu apelo.

11- Apelo desprovido.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, APELREEX 0006164-28.2010.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 24/06/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/07/2014).

Dessa forma, aplica-se ao caso o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, em detrimento do prazo trienal do Código Civil.

Doravante, impõe-se a análise do termo inicial da prescrição.

Conforme se verifica do art. 120 da Lei nº 8.213/91, o fundamento da ação regressiva proposta pela Previdência Social em face daquele que negligencia as normas padrões de segurança e higiene do trabalho é a concessão do benefício acidentário.

Assim, por força do princípio da *actio nata*, a partir da data da concessão do benefício surge para o INSS a pretensão de ser ressarcido dos valores despendidos para o pagamento dos benefícios em favor do segurado ou seus dependentes.

Não se aplica ao caso, portanto, a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Isso porque a relação jurídica de trato sucessivo existente dá-se, apenas, entre o segurado ou seus dependentes e a Previdência, consubstanciada na prestação devida a título de benefício decorrente do acidente de trabalho. No entanto, não há relação jurídica de trato sucessivo entre o causador do acidente, por dolo ou culpa, e a Previdência Social.

Em casos análogos, a jurisprudência tem assentado o entendimento de que a prescrição atinge o fundo de direito, afastando a relação de trato sucessivo.

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - HIPÓTESES DE CABIMENTO- ART. 535, DO CPC - DESNECESSIDADE DE APRECIACÃO DE TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS APONTADOS - EFEITO INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE -PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO REGRESSIVA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. PRAZO QUINQUENAL DO DECRETO 20.910/32 EM DETRIMENTO DO TRIENAL DO CÓDIGO CIVIL. PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO AFASTADA. SÚMULA 85 DO STJ NÃO APLICÁVEL.

I - Os embargos de declaração não se prestam à modificação do julgado, de vez que não resta caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no art. 535, do CPC.

II - O magistrado não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo, que por si só, achou suficiente para a composição do litígio.

III - Irrelevante a referência expressa aos dispositivos legais e constitucionais tidos por vio-

lados, pois o exame da controvérsia, à luz dos temas invocados, é suficiente para caracterizar o prequestionamento da matéria.

IV. A relação existente entre a autarquia previdenciária e a empresa ré não é de trato sucessivo, sendo a hipótese de prescrição do fundo do direito, com termo inicial na data da concessão do primeiro benefício, pois, desde aquele momento, era possível a postulação judicial de reconhecimento da pretensão de ressarcimento ora deduzida.

V - Embargos de declaração rejeitados.

(APELREEX 00022357820104036107, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2014).

ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. NATUREZA CIVIL DA REPARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PROVIDO O APELO DA PARTE RÉ. PREJUDICADA A APELAÇÃO INTERPOSTA PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA.

1- A hipótese é de ação regressiva proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de ex-empregador, objetivando o ressarcimento dos valores pagos pela Autarquia, em função de suposta negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho (Art. 120 da Lei 8.213/90).

2- A imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, refere-se ao direito da Administração Pública de obter o ressarcimento de danos ao seu patrimônio decorrentes de atos de agentes públicos, servidores ou não. Tal hipótese é taxativa e, por se tratar de exceção à regra da prescritibilidade, não pode ser ampliada com o escopo de abarcar a ação de reparação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, cuja natureza é nitidamente civil.

3- Em razão do princípio da especialidade, o prazo de prescrição das ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, consoante dispõe o art. 1º do Decreto n. 20.910/32, que não foi revogado pelo Código Civil (lei geral) em vigor. Precedente: REsp 1.251.993/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, conforme o disposto no art. 543-C do CPC.

4- Em sintonia com o entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça e em observância ao princípio da isonomia, o prazo prescricional aplicável às hipóteses em que a Fazenda Pública é autora (como *in casu*) deve ser o quinquenal. Precedentes.

5- Nos termos do art. 120 da Lei n. 8.213/91, o fundamento da ação regressiva é a concessão do benefício em caso de negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho.

6- Assim, a partir da data da concessão do benefício surge para o INSS a pretensão de se ver ressarcido dos valores despendidos para o pagamento das prestações mensais em favor do segurado ou seus dependentes.

7- Não há como se acolher a tese no sentido de que a prescrição não atingiria o fundo de direito, mas, tão-somente, as prestações vencidas antes do quinquênio que antecede o ajuizamento da ação regressiva. Isto porque a natureza da reparação buscada é civil e, portanto, tem como fundamento o ato ilícito do empregador (inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho) que gerou o dano (concessão do benefício).

8- A relação jurídica entre o INSS e o empregador negligente, diferentemente daquela existente entre o INSS e o segurado, não possui trato sucessivo, de maneira que a prescrição, em ocorrendo, atinge o fundo de direito.

9- Provido o apelo da parte ré para decretar a prescrição da pretensão autoral.

10- Prejudicada a apelação interposta pela Autarquia Previdenciária.

(AC 00044355620094036119, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/09/2014).

Com tais considerações, conclui-se que a contagem do quinquídio prescricional para a

pretensão da Autarquia Federal se ver ressarcida dos valores despendidos a título de benefício previdenciário, decorrente de acidente de trabalho, inicia-se a partir da data da concessão do benefício e atinge, tão somente, o fundo de direito, não havendo que se falar, assim, em prestações vencidas.

No caso dos autos, a data de início do benefício acidentário foi 19/11/2009, assim, desde essa data, o instituto apelante já dispunha de todos os elementos para a propositura da ação, de forma que o prazo prescricional de cinco anos findaria apenas em 19/11/2014. Assim, ajuizada a ação em 14/02/2014, ainda não havia se consumado a prescrição quinquenal.

Logo, permanece incólume a pretensão ressarcitória do INSS.

Da contribuição ao SAT e o direito de regresso do INSS

A imposição de ressarcimento ao INSS de valores pagos a título de benefícios acidentários em casos de atuação negligente do empregador não se confunde com o pagamento da contribuição ao SAT, tributo voltado ao custeio geral dos benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho atrelado aos riscos ordinários do empreendimento.

Em outras palavras, a exigibilidade de contribuição previdenciária do Seguro de Acidente do Trabalho presta-se, exclusivamente, a arcar com os benefícios relacionados com os riscos comuns do trabalho, já que a concessão de benefício previdenciário necessariamente depende de uma prévia fonte de custeio (art. 195, §5º da CF/88).

Os benefícios acidentários desembolsados pelo INSS em virtude do descumprimento das normas trabalhistas, por sua vez, não são abrangidos pela exação, visto que excedem os riscos comuns atribuídos à atividade laboral, impondo-se, nesses casos, o ressarcimento à Autarquia Previdenciária a fim de preservar o equilíbrio atuarial do regime.

Além disso, a presente ação regressiva apresenta dupla finalidade, qual seja, evitar que a inobservância da legislação trabalhista pelo empregador onere toda a sociedade, promovendo, assim, a distribuição do ônus contra quem efetivamente teve a responsabilidade pelo acidente, bem como estimular a obediência por parte das empresas quanto às normas trabalhistas, sobretudo aquelas que visam assegurar a higiene e segurança do trabalho, de forma a garantir ao trabalhador direito constitucional de redução de riscos inerentes ao trabalho contemplado no art. 7º, XXII, da CF/88.

Sobre a questão, já se manifestou exaustivamente o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o recolhimento de contribuição previdenciária pela pessoa jurídica não a isenta de responsabilidade por casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. ACIDENTE DO TRABALHO. INSS. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Regressiva de indenização proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra a Construtora Giovanella Ltda., objetivando condenação da ré ao ressarcimento de valores despendidos no pagamento da pensão por morte do segurado Paulo Paula da Silva, decorrente de acidente de trabalho.
2. O Juiz de 1º Grau julgou procedente o pedido.
3. O Tribunal *a quo* negou provimento à Apelação da ora recorrente e consignou que foi comprovada a “a existência de culpa do empregador”. (fl. 505, grifo acrescentado).
4. É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas

fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.571.912/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/8/2016, e AgRg no AREsp 294.560/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/4/2014.

5. Dessume-se que o aresto recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

6. No mais, é assente no STJ que a contribuição ao SAT não exime o empregador da sua responsabilização por culpa em acidente de trabalho, conforme art. 120 da Lei 8.213/1991. Nesse sentido: REsp 506.881/SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; Quinta Turma, DJ 17.11.2003; e EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 973.379/RS, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 14.6.2013. (...) (REsp 1666241/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017).

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. ART. 22 DA LEI 8.212/91. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE REGRESSO MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPREGADOR RESPONSÁVEL PELO ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 120 DA LEI 8.213/91. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. O direito de regresso do INSS é assegurado no art. 120 da Lei 8.213/1991 que autoriza o ajuizamento de ação regressiva em face da empresa empregadora que, por negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, causou o acidente do trabalho.

2. O Seguro de Acidente de Trabalho - SAT, previsto no art. 22 da Lei 8.212/91, refere-se a contribuição previdenciária feita pela empresa para o custeio da Previdência Social relacionado aos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade de trabalho decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

3. Da leitura conjunta dos arts. 22 da Lei 8.212/91 e 120 da Lei 8.213/91 conclui-se que o recolhimento do Seguro de Acidente de Trabalho - SAT não exclui a responsabilidade da empresa nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.

4. Tendo o Tribunal de origem asseverado expressamente que os embargante foram negligentes com relação “às suas obrigações de fiscalizar o uso de equipamento de proteção em seus empregados, caracterizando claramente a culpa *in vigilando*”, resta configurada a legalidade da cobrança efetuada pelo INSS por intermédio de ação regressiva.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes para, tão-somente, esclarecer que o recolhimento do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT não impede a cobrança pelo INSS, por intermédio de ação regressiva, dos benefícios pagos ao segurado nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa da empresa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.

(STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 973379 RS 2007/0178387-0, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), T6 - SEXTA TURMA, j. 06/06/2013, DJe 14/06/2013).

Assim, não merece guarida a alegação de que a pretensão regressiva do INSS caracteriza *bis in idem*.

Da responsabilidade do empregador

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS ajuizou ação de ressarcimento contra LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA, objetivando o ressarcimento dos valores despen-

didos, e aqueles ainda por despende, a título de benefícios previdenciários concedidos aos dependentes do segurado Sr. Willian dos Santos Paixão, em razão de acidente de trabalho ocorrido em 19.11.2009, supostamente por negligência da empresa no cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho.

Conforme dispõe o art. 120, da Lei nº 8.213/91, “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”. Tal previsão decorre da regra inserta no art. 19, §1º, do mesmo diploma legal, cuja disposição estabelece que “a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalho”.

No mesmo sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no art. 157, inciso I, instrui que “cabe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”, bem como “instruir os empregados [...] quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais” e “adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente”.

Observa-se, portanto, que a legislação pátria é explícita e resoluta ao impor à empresa o dever de adotar medidas protetivas obrigatórias, bem como responder, em sede de ação regressiva, pelos eventuais valores pagos pela Autarquia nos casos em que o benefício previdenciário decorra de acidente laboral ocorrido por culpa da empresa, pelo descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho.

Do acidente de trabalho e da culpa do empregador

O direito de regresso invocado pelo INSS é justificado pela negligência do empregador, que, ao descumprir as normas reguladoras da segurança e saúde do trabalho, contribui para ocorrência de acidentes no ambiente de trabalho.

No caso em exame, depreende-se que a empresa deixou de tomar medidas capazes de prevenir ou evitar o acidente que vitimou o Sr. Willian dos Santos Paixão, mediante o descumprimento normas-padrão de segurança do trabalho e demais regentes da relação trabalhista.

Segundo consta dos autos, o segurado, contratado da empresa “LEGUS” para a função de Auxiliar de Produção, sofreu acidente de trabalho fatal nas dependências da empresa ao ser atingido por descarga elétrica no instante em que operava máquina seladora de embalagem plástica.

Após inspeções físicas no local do acidente, oitivas de pessoas presentes e auditoria de documentos, o Auditor Fiscal do Trabalho indicou diversas irregularidades relacionadas à negligência da empresa, que deixou de adotar as cautelas indispensáveis para a antecipação dos riscos do acidente.

Em suma, apontou no “Relatório de Análise de Acidente Fatal” para a falta de aterramento elétrico da máquina em que ocorreu o acidente, partes vivas expostas do circuito elétrico, ausência de manutenção preventiva de máquinas e equipamentos da empresa e inadequação das instalações. (fls. 28/36)

Tais violações atentam explicitamente contra norma regulamentadora de segurança no trabalho em máquinas e equipamentos - NR12, cujas regras definem as medidas de proteção para garantir a saúde e a integridade física dos trabalhadores e estabelece requisitos mínimos para prevenção de acidentes e doenças no trabalho nas fases de projeto e utilização de maquinário, como:

12.14. As instalações elétricas das máquinas e equipamentos devem ser projetadas e mantidas de modo a prevenir, por meios seguros, os perigos de choque elétrico, incêndio, explosão e outros tipos de acidentes.

12.15. Devem ser aterrados, conforme as normas técnicas oficiais vigentes, as instalações, carcaças, invólucros, blindagens ou partes condutoras das máquinas e equipamentos que não façam parte dos circuitos elétricos, mas que possam ficar sob tensão.

12.16. As instalações elétricas das máquinas e equipamentos que estejam ou possam estar em contato direto ou indireto com água ou agentes corrosivos devem ser projetadas com meios e dispositivos que garantam sua blindagem, estanqueidade, isolamento, aterramento, de modo a prevenir a ocorrência de acidentes.

(...)

12.19. As ligações e derivações dos condutores elétricos das máquinas e equipamentos devem ser feitas mediante dispositivos apropriados e conforme as normas técnicas vigentes, de modo a assegurar resistência mecânica e contato elétrico inadequado, com características equivalentes aos condutores elétricos utilizados contra riscos.

Deveras, a empresa não adotou medidas básicas de segurança na manutenção dos equipamentos empregados na sua atividade, as quais, certamente, poderiam evitar o acidente. Omitiu-se de seus deveres legais, permitindo que seu empregado operasse máquina seladora sem condições de funcionamento, sem aterramento elétrico, em contato com piso molhado, com cabo de força displicentemente emendado com “fita isolante”.

É evidente o descaso da empresa diante de uma espécie de tragédia anunciada. Os testemunhos dos funcionários à autoridade policial competente, corroboram a negligência da “LEGUS”, a falta de fiscalização no ambiente de trabalho, a ausência de manutenção adequada das máquinas e a adoção de medidas paliativas (gambiaras) por responsáveis da manutenção. (fls. 458/466)

Ao Delegado de Polícia de Fernando Prestes/SP, afirmaram: “Que, em outras oportunidades, outras empregadas já reclamaram de que a seladora já havia dado pequenos choques” (...) “que, realmente, o cabo de força da máquina estava emendado, com fita isolante.” (Roseni Ribeiro dos Santos, funcionária - fls. 80); “Que, há cerca de um mês, uma outra empregada, a JOSANA havia comentado que tinha recebido um choque naquela mesma máquina em que houve o acidente” (Suely Benites Machado, funcionária - fls. 81/82).

O próprio Técnico de Manutenção da empresa, Rodrigo Cezar Velocca, assume: “Que não costuma testar possíveis vazamentos de energia elétrica nas máquinas. Que, quanto à emenda existente no cabo de energia elétrica da máquina em questão, fora o depoente quem fez. Que não saber porque não providenciou a substituição completa do cabo. Que, no local onde a máquina seladora é operada, principalmente no dia do acidente, estava o piso molhado” (fls. 83)

No mesmo sentido, a Equipe de Perícias Criminalísticas de Jaboticabal, em “Laudo” elaborado por Marister Teresa Miziara Nogueira, Perita Criminal, constatou que “Com a ajuda do Eletricista da Prefeitura, Sr. Walter Parra Jamorro (...) e segundo informações sua, foi medido com o aparelho Voltmetro (...) a citada máquina estava com um vazamento de 118V e com um curto de massa (fio cortado)”. (fls. 84/88)

Em suma, são inequívocas as violações cometidas pelo empregador às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual dos empregados, as quais contribuíram decisivamente para o episódio e comprovam a negligência da empresa no acidente que vitimou o Sr. Willian dos Santos Paixão.

Conclui-se, portanto, que o ressarcimento do valor do benefício de pensão por morte do

segurado ao INSS é medida que se impõe.

Dos honorários advocatícios

Quanto ao arbitramento de honorários advocatícios em quantia certa, questão contra a qual se insurge o INSS, razão lhe assiste. Nos casos em que há condenação a pagamento de valores, a verba honorária deve ser fixada com base nesse montante, observando o que dispõe o art. 20, §3º do CPC/73.

Nesse sentido:

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. DUPLICATAS PROTESTADAS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA MERCANTIL SUBJACENTE. SÚMULA 7. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXISTÊNCIA DE CONDENÇÃO. INCIDÊNCIA DO § 3º DO ART. 20 DO CPC. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21, *CAPUT*, DO CPC.

(...)

3. *Havendo condenação, aplica-se, para o arbitramento da verba advocatícia, o § 3º do art. 20 do CPC, e não o § 4º, pouco importando se há também pedido declaratório ou constitutivo na inicial.*

(...)

(REsp 469.557/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 24/05/2010) - *g.n.*

Assim, reformo a r. sentença, para arbitrar honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, respeitada o §5º do referido diploma legal.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço parcialmente e, na parte conhecida, *nego provimento* ao recurso de apelação da LEGUS AGROINDUSTRIAL LTDA e *dou provimento* à apelação do INSS para alterar a forma de arbitramento de honorários, nos termos da fundamentação. Quanto ao mais, mantenho a r. sentença.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

Pedi vista dos autos para melhor análise da discussão aqui travada e, feito isto, acompanho o voto do E. Relator, pelas razões que passo a expor:

Da constituição de capital

A parte autora não formulou pedido de constituição de capital para garantia do pagamento das parcelas vincendas, muito menos houve tal condenação em sentença, não sendo possível conhecer da apelação manejada pela parte ré neste ponto.

Da constitucionalidade do art. 120 da Lei nº 8.213/1991

Inicialmente, afasto a alegação de inconstitucionalidade do art. 120 da Lei nº 8.213/91 porque a norma se revela em conformidade com o art. 201, parágrafo 10º da Constituição Federal, tal como incluído pela Emenda Constitucional nº 20/1998, segundo o qual “Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo

regime geral de previdência social e pelo setor privado”.

Assim tem entendido esta Corte:

Inexiste a apontada inconstitucionalidade do art. 120, da Lei nº 8.213/91, eis que a Emenda Constitucional nº 41/2003 acrescentou o parágrafo 10º ao art. 201: “§ 10º. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

(TRF3, AC nº 00006165-13.2010.4.03.6105. Rel. Des. Fed. José Lunardelli. Primeira Turma, e-DJF3: 13/06/2014).

2- Não merece prosperar a alegação de inconstitucionalidade do art. 120, da Lei nº 8.213/91. 3- A Emenda Constitucional nº 41/2003 acrescentou o parágrafo 10º ao art. 201, o qual assim dispõe, *in verbis*: “§ 10º. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.”.

(TRF3, AC nº 00003064-38.2005.4.03.6106. Rel. Des. Fed. José Lunardelli. Primeira Turma, e-DJF3: 04/07/2013).

Por fim, não se há de falar em conversão da contribuição previdenciária em verdadeiro imposto porque, em verdade, o dever de ressarcimento ao INSS dos valores despendidos a título de benefício previdenciário em favor do segurado acidentado ou de seus dependentes não exsurge automaticamente do infortúnio trabalhista, mas depende que este tenha se dado diretamente em função da inobservância, pela empregadora, das normas gerais de segurança e higiene do trabalho, como veremos mais adiante.

Da prescrição

Prazo prescricional aplicável

Observe-se, inicialmente, a inaplicabilidade à hipótese do artigo 37, §5º, da Constituição Federal que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em relação aos “ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não”, considerando que a ré (empregadora do segurado) não estava investida de função pública quando da prática do ilícito.

No que se refere ao prazo de prescrição, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, pacificou orientação no sentido de que nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, é quinquenal a prescrição, nos termos do artigo 1º, do Decreto-Lei 20.910/32, e não trienal, como prevê o artigo 206, § 3º, V, do CC/2002.

Assim, pelo princípio da isonomia, o mesmo prazo deve ser aplicado nas hipóteses em que a Fazenda Pública é autora, como é o caso da ação de regresso acidentária.

Termo inicial

No que se refere ao termo inicial do prazo prescricional, deve ser computado a partir da data de concessão do benefício, momento em que exsurge para a autarquia previdenciária a pretensão de se ressarcir dos valores despendidos no pagamento de benefício em favor do segurado ou seus dependentes.

Por outro lado, inaplicável à espécie a Súmula 85, do STJ, segundo a qual, “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Ora, a relação de trato sucessivo que se trava na espécie se dá entre o segurado/depen-

dentes e a Previdência Social, com o pagamento mensal de benefício decorrente do acidente de trabalho e não entre a empregadora, causadora do acidente, e o INSS, de modo que a prescrição atinge o fundo de direito.

O Colendo STJ já se manifestou sobre a questão, conforme ementa que segue:

PREVIDENCIÁRIO E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA, AJUIZADA PELO INSS, CONTRA O EMPREGADOR. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL, POR ISONOMIA AO DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.251.993/PR, SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. TERMO INICIAL. IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Conforme decidido pela Primeira Seção desta Corte, “o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002” (STJ, REsp 1.251.993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/12/2012, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC).

II. Em face do princípio da isonomia, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que, nas ações regressivas acidentárias, o prazo quinquenal é também aplicado à Fazenda Pública, na qualidade de autora.

III. É firme, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de que “a natureza ressarcitória de tal demanda afasta a aplicação do regime jurídico-legal previdenciário, não se podendo, por isso, cogitar de imprescritibilidade de seu ajuizamento em face do empregador” (STJ, AgRg no REsp 1.365.905/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/11/2014), atingindo a prescrição do próprio direito de ação.

IV. No sentido da jurisprudência deste Tribunal, “é de cinco anos o prazo para o INSS ajuizar ação contra o empregador tendo por objetivo o ressarcimento de despesas com o pagamento de benefício acidentário. O termo inicial da prescrição da pretensão, por sua vez, conta-se a partir da concessão do benefício. A propósito: REsp 1.457.646/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 20/10/2014; e AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/05/2014” (STJ, AgRg no AREsp 521.595/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/08/2015). Em igual sentido: STJ, REsp 1.499.511/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/08/2015.

V. No caso, cuida-se de ação regressiva, ajuizada pelo INSS, em desfavor de empregador, sendo o benefício, decorrente de acidente de trabalho, concedido, ao segurado, em 18/12/2002 até 26/03/2006, a partir de quando foi convertido em outra espécie. A ação indenizatória, contudo, somente foi ajuizada em 29/04/2013, quando já fulminado o direito de ação, pelo decurso do prazo quinquenal.

VI. Agravo Regimental improvido.

(AGRESP 201502001722, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/11/2015)

No caso dos autos, o benefício previdenciário foi concedido em 19/11/2009 (fl. 7). Tendo a presente ação sido ajuizada em 14/02/2014 (fl. 02), é de rigor reconhecer que não houve o transcurso do prazo prescricional quinquenal.

Da responsabilidade da requerida pelo ressarcimento pretendido pelo INSS

O sistema de seguridade do acidente do trabalho é contributivo-contratual. Responsabilidade excepcional da empresa empregadora

O sistema de seguridade de acidentes de trabalho vigente em nosso ordenamento com-

preende a cobertura de infortúnios ocasionais à Previdência Social, mediante o regime contributivo (CF, art. 201, § 10: “Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado”).

Neste ponto, trago à colação uma breve síntese da evolução histórica sobre a responsabilidade civil quanto aos acidentes do trabalho em nosso ordenamento, conforme os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (Acidente do Trabalho na Nova Constituição. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1016/949>):

O Decreto nº 3.724, de 15/01/1919, foi a primeira lei a tratar de acidentes do trabalho no país e *admitia o risco profissional do empresário*, mas de modo restritivo, abrangendo apenas certas atividades e adotando critério restritivo para as doenças profissionais. Muito embora a indenização estivesse a cargo do empregador, *não havia a obrigatoriedade do seguro, de modo que não existia garantia do efetivo pagamento*.

Após a Revolução de 1930, adveio o Decreto nº 24.637, de 10/07/1934, que ampliou a área de abrangência da tutela infortunistica e - o que é mais importante - *obrigou o empregador à contratação de seguro específico* para este fim ou à realização de depósito em valor proporcional ao número de empregados, “podendo a importância do depósito, a juízo das autoridades competentes, ser elevada até ao triplo, si se tratar de risco excepcional ou coletivamente perigoso” (art. 30, *caput* e parágrafos, do Decreto nº 24.637/1934).

Já na Constituição de 1934, promulgada poucos dias depois do decreto, a garantia de reparação dos danos advindos do acidente do trabalho ganhou assento constitucional (art. 121, alínea h da Constituição Federal de 1934).

O Decreto nº 24.637/1934 continuou em vigor sob a égide da Constituição de 1937, até que sobreveio o Decreto-Lei nº 7.036, de 10.11.44. *Ali se acolheu a teoria do risco da atividade*, dando-se maior amplitude ao conceito de empregado e dos eventos que se poderiam considerar como acidentes do trabalho, incluindo lesões e mortes em que o trabalho não seria causa exclusiva, mas apenas concausa.

O seguro manteve-se obrigatório, mas, se antes tinha de ser contratado perante “companhias ou sindicatos profissionais legalmente autorizados a operar em seguros contra acidentes do trabalho”, *agora devia ser realizado “na instituição de previdência social a que estiver filiado o empregado”* (art. 36, § 1º do Decreto 24.637/1934 e art. 95 do Decreto-Lei nº 7.036/1944).

Sobreveio o Decreto-Lei nº 293, de 28/01/1967, transferindo o seguro para as companhias seguradoras privadas. Não obstante, este regime teve vida curta, posto que sobreveio a Lei nº 5.316, de 14/09/1967, que, além de ampliar o conceito de acidente do trabalho para fins de cobertura infortunistica, incluindo eventos ocorridos fora da empresa e longe da vigilância do empregador, *tornou obrigatória a contratação do seguro acidentário junto à Previdência Social* (art. 1º da Lei nº 5.316/1967).

Com a Constituição de 1969, consagrou-se a *transformação total do seguro acidentário em seguro social*, com a expressa previsão de que tais riscos estariam cobertos pela “previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado” (art. 165, XVI da Constituição de 1969).

Evidentemente, *este regime contributivo foi adotado pela Constituição Federal de 1988*, que deixou a cargo do legislador infraconstitucional disciplinar a cobertura do risco de acidente do trabalho, “a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado” (art. 201, § 10 da Constituição Federal de 1988).

Conclusão:

O que se deduz de toda essa evolução da cobertura social ao acidente do trabalho, é que a responsabilidade pelo pagamento dos eventos decorrentes dos infortúnios é da Seguridade Social, que, por sua vez, conta com ingressos (obrigatórios) de recursos pela iniciativa privada, precisamente para esse tipo de reparação social-laboral.

As duas únicas exceções à exclusividade pela reparação acidentária, pelo INSS, são postas pela própria Constituição, em seu artigo 7º, inciso XXVIII, que estabelece como direito do trabalho o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (replicado no artigo 121, da Lei 8.213-91: “O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”).

Já o artigo 120, que não tem estofo constitucional, como se vê dos termos claros do artigo 7º, que trata de dolo ou culpa (responsabilidade civil, portanto), introduziu uma outra exceção à regra da cobertura social exclusivamente pelo INSS (suportada por contribuições dos segmentos econômicos correspondentes), estabelecendo um direito que denomina “de regresso” contra o empregador em caso de descumprimento a “normas gerais de segurança e higiene do trabalho”).

Essa hipótese, como se vê, excepciona a regra geral de responsabilidade regressiva do empregador, que conta com cobertura securitária social impositiva, devendo, em razão disso, ser interpretada igualmente de modo excepcional e restrito, sem alargamentos hermenêuticos.

Assim, o direito de regresso posto pelo artigo 120, da Lei nº 8.213/91 só se justificará nas hipóteses de ocorrências das circunstâncias expressas na própria lei de regência excepcional.

E tal raciocínio se justifica por uma razão elementar: à Seguridade Social (autarquia) é dado o encargo de arrecadar recursos e cobrir, precipuamente, o risco social do acidente de trabalho, pagando diretamente ao segurado ou a seus dependentes o respectivo benefício previdenciário.

Apenas excepcionalmente, na hipótese de descumprimento, pelo empregador, de normas padrão de segurança e higiene do trabalho, *do qual decorra diretamente o acidente de trabalho*, é que exsurge o dever de o empreendedor ressarcir aos cofres da autarquia previdenciária os valores despendidos a este título.

Tanto isto é verdade que a Lei nº 6.367/1976 prevê que os encargos decorrentes da cobertura de acidentes de trabalho serão realizados pelas contribuições previdenciárias devidas pela empresa, acrescendo uma alíquota de 0,4%, 1,2% ou 2,5% à contribuição do empregador de acordo com o grau de risco da atividade empreendida, se classificado como leve, médio ou grave (art. 15, *caput* e incisos I a III da Lei nº 6.367/1976).

Assim, quanto maior for o risco da atividade empresarial - portanto, maior a probabilidade de o risco social coberto pela Previdência Social vir a se concretizar - tanto maior será a contribuição do empregador à autarquia previdenciária.

Em outras palavras, resta cristalino que o atual regime constitucional da responsabilidade acidentária prevê que o risco social do acidente do trabalho está coberto pelo sistema de seguridade social, gerido pelo INSS e para o qual contribuem os empregadores.

Nesse sentido, aliás, já decidiu essa Corte, como se vê dos seguintes precedentes:

ACÇÃO REGRESSIVA. ARTIGOS 120 e 121 DA LEI Nº 8.213/91. CABIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DA APELADA. IMPROCEDÊNCIA DA ACÇÃO. APELO DES-

PROVIDO.

I - O artigo 120 da Lei nº 8.213/91 determina que o INSS proponha ação em face dos responsáveis pelo acidente do trabalho, e não necessariamente em face apenas do empregador. Sendo assim, tem-se que o empregador pode ser responsabilizado em conjunto com o tomador de serviços, como ocorre no presente caso.

II - O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de cabimento de Ação Regressiva pelo INSS contra Empresa em que ocorreu acidente de trabalho quando comprovada a existência de negligência do empregador.

III - Como se sabe, o legislador pátrio, no que tange à responsabilização do tomador dos serviços em relação aos danos havidos na relação de trabalho, adotou uma forma híbrida de ressarcimento, caracterizada pela combinação da teoria do seguro social - as prestações por acidente de trabalho são cobertas pela Previdência Social - e responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual. Nessa linha, cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente.

IV - No caso dos autos, observando-se o conjunto probatório trazido aos autos pela parte autora, tem-se que o evento ocorrido se deu por culpa exclusiva da vítima, não se desincumbindo, dessa forma, o INSS de comprovar a negligência da empresa ré quanto à observância das normas de segurança do trabalho, fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

V - Apelação desprovida.

(TRF3, AC nº 0004360-62.2009.4.03.6104. Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães. Segunda Turma, e-DJF3: 01/03/2018).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELO INSS CONTRA O EMPREGADOR. IMPROCEDÊNCIA.

1. Da simples leitura do artigo 201 da Constituição Federal, verifica-se que todos os eventos garantidos pela Previdência Social são eventos futuros e incertos, ou seja, embora se diga que o sistema é de filiação obrigatória e contributivo, devendo os filiados contribuírem para manter essa qualidade, apenas fará jus ao benefício previdenciário o filiado que for acometido de uma das situações listadas como adequada para gerar o direito ao benefício.

2. Por haver a possibilidade de o filiado contribuir mês a mês, porém, sem nunca fazer uso de quaisquer dos benefícios regulados na Previdência Social, é que se afirma que o Regime Geral de Previdência Social - RGPS é um sistema de seguro, no qual o filiado, acometido por uma das situações seguradas, irá fazer jus ao benefício.

3. A Lei 8.213/91 buscou uma forma de a Previdência ressarcir-se dos prejuízos decorrentes do custeio do benefício por acidente de trabalho. No entanto, retira-se do sistema a característica de seguro, o que não se mostra possível admitir, na medida em que passa a criar a possibilidade de o INSS, órgão arrecadador e responsável pelas contribuições sociais, uma ação regressiva em face do empregador que tenha agido com culpa na ocorrência do acidente.

4. Por já haver previsibilidade de que a empregadora pague uma contribuição social, deve ser entendido que o benefício é um seguro pago para o empregado acidentado, mas também um seguro para a empresa, que pagando sua contribuição, não precise arcar com o sustento de um empregado que tenha se acidentado.

5. O Seguro de Acidente de Trabalho - SAT destina-se a cobrir também os casos em que há culpa da empresa, porquanto esse requisito já está incluído no cálculo dessa contribuição.

6. Há evidente *bis in idem* na exigência do INSS em reembolsar valores que já estão sendo calculados e exigidos dos empregadores. Sem contar, ainda, na excessiva onerosidade que tal medida acarretaria ao empregador, pois a autarquia estaria buscando judicialmente o reembolso de valores gastos com benefícios concedidos que já estariam sendo custeados, inclusive, de forma individualizada, com o SAT.

7. Apelo desprovido.

(TRF3, ApelReex nº 0035809-07.1996.4.03.6100. Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho. Quinta Turma, e-DJF3: 11/10/2012).

Desta forma, para que se decida pelo dever de ressarcimento à autarquia previdenciária, tornam-se necessárias as demonstrações de que a) a empresa tenha deixado de observar as normas gerais de segurança e higiene do trabalho e b) que o acidente tenha decorrido diretamente desta inobservância, não bastando que se constate eventual “culpa por negligência” para fazer incidir o comando legal em análise, não bastando que se constate eventual “culpa por negligência” para fazer incidir o comando legal em análise.

Caso concreto

Da análise do caso concreto, concluo que se faz presente a condição necessária a justificar a pretensão do Instituto, posto que restou demonstrado nos autos que a empresa deixou de cumprir com a obrigação de atender a normas gerais de segurança e higiene do trabalho, circunstância que autoriza o Instituto de valer da norma que dá suporte ao pedido.

Compreendendo-se o caso concreto.

Em 19/11/2009, o empregado da requerida e segurado da Previdência Social, sr. William dos Santos Paixão, desenvolvia suas atividades laborais operando uma máquina quando veio a sofrer uma descarga elétrica, sofrendo lesões que culminaram no seu óbito.

A atividade desenvolvida pelo trabalhador e as circunstâncias nas quais se deu o acidente foram descritas em relatório elaborado pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE nos seguintes termos (fl. 31):

(...) Descrição da atividade.

A atividade consistia em selar sacos plásticos cheios de batata picada em máquina seladora. Investigação.

(...)

Segundo relato da testemunha, sr. Wellington Martins Chaves, o sr. Willian estava selando os sacos quando deu um grito e caiu no chão segurando a máquina seladora. A testemunha foi ajudá-lo e recebeu um choque ao tocá-lo. Então chutou os fios e eles se desconectaram. Outra testemunha, sr^a. Suely Benites Machado, acrescentou que o chão estava molhado, o que seria comum naquele setor, e que as pernas do sr. William estavam tremendo enquanto ele estava caído e segurando a máquina. A testemunha, sr^a. Roseni Ribeiro dos Santos, afirmou que outras pessoas já haviam levado pequenos choques no mesmo equipamento.

(...).

Embora os relatos supramencionados sejam bastante claros quanto ao fato de o empregado acidentado ter sido vítima de um choque elétrico ao ter contato físico com a carcaça da máquina por ele operada, há outros elementos probatórios nestes autos a confirmar tal fato.

Neste ponto, o sr. Wellington Martins Chaves deu à autoridade policial depoimento em sentido muito semelhante àquele antes prestado ao Auditor Fiscal do Trabalho, acrescentando que “o chão da empresa sempre fica molhado quando trabalham com batatas, o que ocorreu naquele dia” (fl. 107).

O sr. Rodrigo César Velocce, técnico de manutenção da empresa requerida, declarou que “nunca recebeu qualquer reclamação sobre choque elétrico em tal máquina seladora. Não se lembrou da última manutenção na máquina seladora. Não costuma testar vazamentos de energia elétrica na máquina em questão. Confirmou que a emenda no cabo de energia da má-

quina fora feita por ele, para aumentar o seu tamanho e que o chão no local dos fatos estava molhado” (fl. 108).

Ainda, o laudo elaborado pela Polícia Técnico - Científica corroborou a tese de vazamento de energia elétrica e de eletrocussão da vítima, sendo esta a causa de sua morte, nos seguintes termos (fl. 285):

(...) 3- Tal máquina estava em bom estado de conservação e funcionava a contento quando dos exames?

R: A citada máquina encontrava-se em regular estado de conservação (com falta de manutenção), ou seja, não estava funcionando perfeitamente, pois estava com vazamento de energia de 118 V, comprovado com o aparelho Voltímetro e com um fio da resistência cortado.

4 - Qual a causa do acidente e consequentemente da morte da vítima?

R: A causa do acidente foi o choque que a vítima teve, quando estava operando a máquina e a causa específica da morte será detalhada pelo IML em um laudo a parte.

(...).

Bem se vê, portanto, que o equipamento em questão contava com um cabo de energia emendado pelo técnico em manutenção - não constando dos autos que tal profissional tenha capacitação específica quanto à Norma Regulamentadora nº 10, que versa sobre Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade - que não se procedia à verificação de eventual vazamento de energia e, por mais impressionante que se possa parecer, que o chão no entorno da máquina comumente ficava molhado, combinação que possibilitou que o operador da máquina fosse eletrocutado.

Com isto, é irretorquível a conclusão de que a parte requerida deixou de observar diversas normas gerais de segurança e higiene do trabalho referentes à segurança elétrica do equipamento operado pela vítima, daí decorrendo o infortúnio trabalhista em questão, das quais destaco as que seguem:

12.14. As instalações elétricas das máquinas e equipamentos devem ser projetadas e mantidas de modo a prevenir, por meios seguros, os perigos de choque elétrico, incêndio, explosão e outros tipos de acidentes, conforme previsto na NR 10.

12.15. Devem ser aterrados, conforme as normas técnicas oficiais vigentes, as instalações, carcaças, invólucros, blindagens ou partes condutoras das máquinas e equipamentos que não façam parte dos circuitos elétricos, mas que possam ficar sob tensão.

12.16. As instalações elétricas das máquinas e equipamentos que estejam ou possam estar em contato direto ou indireto com água ou agentes corrosivos devem ser projetadas com meios e dispositivos que garantam sua blindagem, estanqueidade, isolamento e aterramento, de modo a prevenir a ocorrência de acidentes.

12.17. Os condutores de alimentação elétrica das máquinas e equipamentos devem atender aos seguintes requisitos mínimos de segurança:

Por fim, reputo irrelevantes as considerações da parte requerida acerca do treinamento conferido ao empregado acidentado, já que em nenhuma hipótese poderia o equipamento por ele operado permitir que descargas elétricas o atingissem mediante o mero toque em sua carcaça.

Evidenciou-se, portanto, o descumprimento, pela requerida, das normas gerais de segurança e higiene do trabalho que exigem o aterramento elétrico de as instalações, carcaças, invólucros, blindagens ou partes condutoras das máquinas e equipamentos que não façam parte dos circuitos elétricos, mas que possam ficar sob tensão, conforme a Norma Regulamentadora

nº 12, item 12.15 e outros, daí decorrendo o acidente em questão, com reflexos previdenciários.

Não se trata, portanto, de culpa *in vigilando* da parte apelante, mas de verdadeiro descumprimento de norma geral de segurança do trabalho, com relação direta com o acidente que vitimou o sr. William dos Santos Paixão.

Assim, é de rigor reconhecer que a situação de infortúnio retratada nos autos induz à conclusão de haver a requerida (empregadora) violado “normas gerais de segurança e higiene do trabalho”, a justificar sua responsabilidade civil, de modo regressivo.

Por tais razões, concluo que restou demonstrada nos autos a criação, pela apelante, de risco extraordinário àquele coberto pela Seguridade Social que resultou em acidente trabalhista, daí exsurgindo o seu dever de ressarcimento dos valores gastos pela autarquia apelada a título de benefício previdenciário, devendo a sentença ser mantida neste ponto.

Dos honorários advocatícios

No caso dos autos, o valor atribuído à causa foi de R\$ 71.648,08 em fevereiro de 2014 (fl. 25) e sentença fixou honorários advocatícios em desfavor da parte ré em R\$ 1.000,00.

Tendo havido condenação da parte requerida ao pagamento de valores, e diante da ausência de motivos que recomendem a majoração ou redução equitativa da verba honorária, tenho por adequado reformar a sentença para que os honorários advocatícios devidos pela parte requerida sejam fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 3º do então vigente Código de Processo Civil de 1973.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação da parte autora para fixar os honorários advocatícios devidos pela ré em 10% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, e negar provimento à apelação da parte ré, acompanhando o E. Relator.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

APELAÇÃO CÍVEL
0016189-42.2015.4.03.6100
(2015.61.00.016189-9)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: FELIPE RODRIGUES ANTONELLI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: Ap 2264995
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. ATUAÇÃO DA CEF COMO AGENTE EXECUTOR DE POLÍTICA FEDERAL DE MORADIA PARA PESSOAS DE BAIXA RENDA. RESPONSABILIDADE CIVIL E SOLIDÁRIA ENTRE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E CONSTRUTORA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO ARBITRAMENTO. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E NÃO ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. No caso dos autos, a atuação da CEF não se restringiu às atividades típicas de mero agente financeiro em sentido estrito, mas, sim, como agente executor de política federal para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.
2. Quanto a isto, consta expressamente do contrato de financiamento a obrigação e o interesse da CEF em fiscalizar o andamento da obra, bem como o contrato foi celebrado no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, o que, somado à ao interesse mencionado, evidencia a sua atuação não como mero agente financeiro no contrato em questão, papel que poderia ter sido desempenhado por qualquer outra instituição financeira, mas como verdadeiro agente executor de política pública habitacional federal.
3. Nestas circunstâncias, a Jurisprudência tem admitido a legitimidade passiva e a responsabilidade civil solidária da CEF com o construtor do imóvel. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.
4. O caso dos autos, em que o autor despendeu a considerável quantia de mais de R\$ 40.000,00 para aquisição de imóvel, cujo atraso na entrega superou o patamar de dois anos, revela situação que em muito ultrapassa os limites de um mero aborrecimento, ensejando o dano moral passível de recomposição.
5. No que se refere ao arbitramento do valor a título de indenização por danos morais, é firme a orientação jurisprudencial no sentido de que, nesses casos, deve ser determinada segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado. Considerando as circunstâncias específicas do caso concreto, em especial o elevado valor despendido pelo autor para aquisição de imóvel, de mais de R\$ 40.000,00, o considerável atraso na entrega das obras, de mais de dois anos e o não menos significativo grau de culpa dos corréus pelo atraso injustificado da obra, tenho que o valor arbitrado em sentença, de R\$ 10.000,00, afigura-se adequado e suficiente à reparação do dano no caso dos autos, sem importar no enriquecimento indevido da parte, devendo ser mantido.
6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2018.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF* contra sentença proferida em ação ordinária movida por *FELIPE RODRIGUES ANTONELLI* em face da apelante e de *CONVIVA EMPREENDIMENTOS LTDA.* objetivando a rescisão de contrato de compra e venda de imóvel e mútuo, com a devolução de valores pagos, além de indenização por lucros cessantes e por dano moral.

Deferida a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade de todos os encargos contratuais relativos ao contrato discutido, obstando-se a inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes (fls. 128/130).

Contestação pela CEF, apenas (fls. 155/210, 362 e 364).

A sentença foi publicada em 30/09/2016 e julgou parcialmente procedente a ação para declarar rescindido o contrato, condenar os réus à devolução dos valores utilizados para a aquisição do imóvel e ao pagamento de indenização por dano moral, arbitrada em R\$ 10.000,00.

Diante da sucumbência mínima do autor, os réus foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, *pro rata* (fls. 379/384 e 387-verso).

Embargos de declaração opostos pela CEF foram rejeitados (fls. 400/401).

A CEF apela sustentando sua ilegitimidade passiva para o feito. No mérito, defende a ausência de amparo legal para a desconstituição do contrato, a impossibilidade de devolução das parcelas pagas, a ausência de sua responsabilidade civil pelo evento e a ausência de dano moral. Alternativamente, pede a redução da indenização arbitrada a este título (fls. 405/426).

Contrarrazões pela parte autora (fls. 430/442).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Da responsabilidade civil da CEF

No caso dos autos, a atuação da CEF não se restringiu às atividades típicas de mero agente financeiro em sentido estrito, mas, sim, como agente executor de política federal para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

Quanto a isto, consta expressamente do contrato de financiamento a obrigação e o

interesse da CEF em fiscalizar o andamento da obra, conforme se depreende do item *b*, da cláusula terceira (fl. 54):

o crédito dos recursos na conta vinculada ao empreendimento destinados à construção será feito em parcelas mensais, *condicionando-se ao andamento das obras*, no percentual atestado no Relatório de Acompanhamento do Empreendimento - ERA, conforme o cronograma físico-financeiro aprovado pela CEF, o qual ficará fazendo parte integrante e complementar deste contrato, e ao cumprimento das demais exigências estabelecidas neste instrumento.

Ainda, o contrato foi celebrado no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, o que, somado à ao interesse mencionado, evidencia a sua atuação não como mero agente financeiro no contrato em questão, papel que poderia ter sido desempenhado por qualquer outra instituição financeira, mas como verdadeiro agente executor de política pública habitacional federal.

Assim é que esta Turma já decidiu pelo fato de a CEF, no caso dos autos, atuar como agente executora de políticas federais destinadas ao atendimento de moradia para pessoas de baixa renda, quando da apreciação do Agravo de Instrumento nº 0026602-81.2015.4.03.0000, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO DA COBRANÇA DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO.

I - Pretende o autor a rescisão de contrato de compra e venda de futura unidade autônoma, bem como de contrato de financiamento firmado com a CEF para pagamento do preço avençado, em virtude de atraso das obras e entrega do imóvel.

II - *A CEF não integrou ou anuiu o contrato de compra e venda firmado entre o autor e a construtora. No entanto, a hipótese trata de financiamento da construção no âmbito do programa “minha casa, minha vida”, figurando a instituição como agente executor de políticas federais destinadas ao atendimento de moradia para pessoas de baixa renda.*

III - Consta expressamente do contrato de financiamento a obrigação e o interesse da CEF em fiscalizar o andamento da obra (item *b*, da cláusula 3ª), na medida em que o repasse dos valores se daria mensalmente de acordo com a evolução das obras, resguardando o mutuário, ao menos em tese, do pagamento dos valores à construtora sem que se desse prosseguimento à obra.

IV - Considerando o atraso na entrega do imóvel por mais de dois (2) anos, não se pode sujeitar o autor, que não mais tem interesse no imóvel, a ônus moratórios decorrentes de situação a que não deu causa, não se afigurando viável a continuidade da cobrança das prestações de financiamento quando o imóvel objeto da compra que originou o mútuo não foi entregue.

V - Agravo de instrumento desprovido.

(TRF3, AI nº 0026602-81.2015.4.03.0000. Rel. Des. Fed. Wilson Zauhy. Primeira Turma, e-DJF3: 21/06/2016).

Nestas circunstâncias, a Jurisprudência tem admitido a legitimidade passiva e a responsabilidade civil solidária da CEF com o construtor do imóvel, conforme julgados que trago à colação:

A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação

no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua atuação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH: (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas; (2) ou como *agente executor de políticas públicas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda*.

(STJ, REsp nº 1.163.228/AM. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma, DJe: 31/10/2012).

RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL CUJA OBRA FOI FINANCIADA. LEGITIMIDADE DO AGENTE FINANCEIRO.

1. *Em se tratando de empreendimento de natureza popular, destinado a mutuários de baixa renda, como na hipótese em julgamento, o agente financeiro é parte legítima para responder, solidariamente, por vícios na construção de imóvel cuja obra foi por ele financiada com recursos do Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes.*

2. Ressalva quanto à fundamentação do voto-vista, no sentido de que a legitimidade passiva da instituição financeira não decorreria da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas do fato de ter a CEF provido o empreendimento, elaborado o projeto com todas as especificações, escolhido a construtora e o negociado diretamente, dentro de programa de habitação popular.

3. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp nº 738.071/SC. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, DJe: 09/12/2011).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA COMPROVADA. ARTIGOS 6º-A, IV E 9º DA LEI Nº 11.977/09. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL COMO AGENTE EXECUTOR DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- Versa o feito originário sobre pedido de inclusão da Caixa Econômica Federal no polo passivo da relação jurídica, sob o argumento de que esta foi coautora do empreendimento, tendo realizado a vistoria do bem, avalizando a qualidade e solidez do imóvel.

- O imóvel em debate foi negociado de acordo com as regras que disciplinam o Programa Minha Casa Minha Vida, disciplinado pela Lei nº 11.977/09. Neste programa, a CEF atua como agente gestora dos recursos, podendo, ainda, atuar como instituição financeira executora. É o que dispõem os artigos 6º-A, XIV e 9º do mencionado diploma legal.

- A CEF não atuou apenas como agente financeiro financiando a aquisição do imóvel para o mutuário, hipótese em que sua ilegitimidade seria evidente. Mais que isso, a CEF atuou reconhecidamente como agente executora de políticas públicas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa renda .

- *Resta caracterizada a legitimidade passiva da CEF para figurar no polo passivo em que discute a ocorrência de vícios na construção do imóvel.*

- Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF3, AI 0007641-58.2016.4.03.0000. Rel. Des. Fed. Wilson Zauhy. Primeira Turma, e-DJF3: 27/07/2016).

Assim, não se pode acolher a alegação de que tais vistorias técnicas teriam por finalidade tão somente o interesse da CEF na manutenção do lastro hipotecário, uma vez que a irregularidade no andamento da obra ensejaria ao banco o direito de não mais conceder recursos à construtora.

Com isto, rejeito a tese da apelante de que teria se obrigado, junto ao autor, tão somente pelo contrato de mútuo firmado entre as partes, mantendo o entendimento adotado em sentença no sentido de que é solidária a responsabilidade civil entre o banco apelante e a construtora corré quanto ao descumprimento do prazo de entrega do imóvel, justificando-se a rescisão

contratual com fundamento no art. 475 do Código Civil, bem como a condenação solidária dos réus ao pagamento das indenizações fixadas pelo Juízo de Origem.

Por tais razões, deve a sentença ser mantida neste ponto.

Do dano moral

Tenho que o caso dos autos, em que o autor despendeu a considerável quantia de mais de R\$ 40.000,00 para aquisição de imóvel, cujo atraso na entrega superou o patamar de dois anos, revela situação que em muito ultrapassa os limites de um mero aborrecimento, ensejando o dano moral passível de recomposição.

Da indenização por dano moral

No que se refere ao arbitramento do valor a título de indenização por danos morais, é firme a orientação jurisprudencial no sentido de que, nesses casos, deve ser determinada segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado, nos seguintes moldes, *in verbis*:

A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.

(STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* RT 776/195)

Considerando as circunstâncias específicas do caso concreto, em especial o elevado valor despendido pelo autor para aquisição de imóvel, de mais de R\$ 40.000,00, o considerável atraso na entrega das obras, de mais de dois anos e o não menos significativo grau de culpa dos corréus pelo atraso injustificado da obra, tenho que o valor arbitrado em sentença, de R\$ 10.000,00, afigura-se adequado e suficiente à reparação do dano no caso dos autos, sem importar no enriquecimento indevido da parte, devendo ser mantido.

Dos honorários advocatícios

Considerando que a decisão foi publicada após 18 de março de 2016, que houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios em valor abaixo dos limites do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 e o não provimento do recurso (STJ, EDcl no AgInt no RESP nº 1.573.573 RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. DJe 08/05/2017), os honorários advocatícios devidos pela parte apelante devem ser majorados.

Observe que a condenação originária foi de ambos os réus, *pro rata*, ao pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação, e que só um deles recorreu da decisão, não havendo que se falar em majoração do quanto devido pela outra parte sucumbente.

Embora a expressão *pro rata* indique que o pagamento da verba honorária deve ser feito pelos vencidos proporcionalmente - e não, necessariamente, em partes iguais - o Juízo de Origem não fez distinção entre o quanto devido por cada réu, afigurando-se razoável que ambos arquem com o ônus igualmente, em razão do semelhante grau de culpa de cada um deles no evento - da construtora, pelo atraso da obra em si, e do banco apelante, pela não adoção de qualquer medida prevista contratualmente contra ela.

Por tais razões, majoro os honorários advocatícios devidos pelo apelante de 5% para 7% sobre o valor atualizado da condenação, mantida a condenação da corré Conviva Ltda. ao

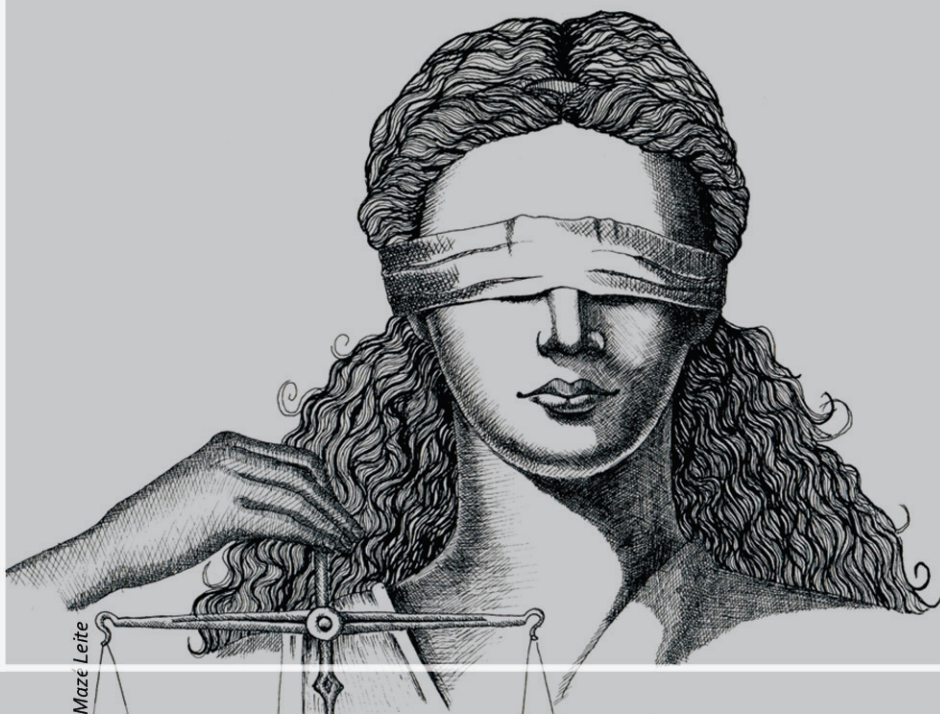
pagamento, a este título, de 5% sobre o valor atualizado da condenação.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e majorar os honorários advocatícios devidos pela apelante, nos termos da fundamentação.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0001056-11.2002.4.03.6004
(2002.60.04.001056-5)

Apelante: IDELFONSO MACHADO PARRA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBA - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: Ap. 75200
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2018

EMENTA

PROCESSO PENAL. ART. 149, *CAPUT*, E § 1º, II, NA FORMA DO ART. 70, TODOS DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONCURSO FORMAL.

1. A materialidade do delito está comprovada, sobretudo pela prova documental.
2. O réu confirmou que foi o responsável pela contratação e que tinha ciência de que eram cidadãos paraguaios. As declarações prestadas pelas testemunhas em sede judicial ratificam as informações narradas na denúncia de que os trabalhadores paraguaios contratados pelo réu eram mantidos em condições precárias, sem estrutura mínima para higiene, descanso e alimentação. Também indicam a proibição de deixarem o local,. Note-se que foi encontrada arma de fogo, que permite concluir que havia a intimidação dos prestadores de serviço arregimentados pelo réu, que os mantinha sob vigilância. As testemunhas declararam que existia um caderno de anotações para que fossem apontadas as despesas dos empregados o que também servia para impedi-los de deixar o local.
3. Todo o conjunto probatório permite concluir que os trabalhadores estrangeiros estavam sujeitos a condições degradantes de trabalho e tinham sua liberdade de locomoção reduzida e que o acusado tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta.
4. Presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, uma vez que o réu declarou que eram verdadeiros os fatos narrados na denúncia e confirmou que foi ele quem contratara os trabalhadores.
5. Tendo em vista que o crime foi praticado contra 17 (dezessete) vítimas, sendo considerável o número de indivíduos atingidos pela conduta do acusado, é razoável o estabelecimento da fração de 1/2 (metade), para o concurso formal.
6. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual “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” (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). Em regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (STF, Repercussão geral em ARE n. 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após

esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr n. 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr n. 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).
7. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação para reduzir a pena de Ildefonso Machado Parra para 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa e estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, pela prática do crime do art. 149, *caput*, e § 1º, II, do Código Penal, em concurso formal; mantidos os demais termos da sentença e, por maioria, determinar a execução provisória, tão logo sejam esgotadas as vias ordinárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por Idelfonso Machado Parra contra a sentença de fls. 648/660 integrada pela decisão de fl. 717/717v., que o condenou a 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, regime inicial de cumprimento de pena fechado, e 28 (vinte e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime do art. 149, *caput*, e § 1º, II, do Código Penal, em concurso forma, art. 70 do mesmo diploma legal.

Apela-se, em síntese, alegando o seguinte:

a) ausência de dolo, uma vez que o réu não tinha consciência de que houvesse a redução à condição análoga de escravo, tendo agido de acordo com os costumes da região;

b) restou comprovado que houve a contratação de trabalhadores paraguaios para realização de tarefa, que consistia na construção de uma cerca, pelo tempo estimado de 90 (noventa) dias e que foi acertado que a retribuição pelos serviços seria de R\$ 10,00 (dez reais) por dia, a ser pago ao fim da empreitada;

c) tendo transcorrido 15 (quinze) dias de trabalho não havia a exigência de o apelante pagar pela prestação dos serviços e foi demonstrado que a maioria dos trabalhadores paraguaios não tinha documentos pessoais, de maneira que o réu não poderia deles ter se apoderado para retê-los no serviço;

d) não há provas de que o apelante tenha retido os trabalhadores no local, e foi negado que esse ostentasse arma de fogo;

e) quando da chegada das autoridades ao local, o réu não estava lá, demonstrando que não havia restrição da circulação dos trabalhadores;

f) o filho do apelante também fazia parte do grupo e foi preso portando arma de fogo, mas nada demonstra que tal conduta tenha restringido a liberdade de ir e vir dos trabalhado-

res, considerando que havia 17 (dezessete) indivíduos;

g) dois dos trabalhadores deixaram o local e se dirigiram até a cidade de Miranda (MS), onde procuraram a autoridade policial e foi lavrado o boletim de ocorrência;

h) não há provas de trabalhos forçados, jornada exaustiva ou em condições degradantes;

i) a construção de cercas na região é trabalho árduo em ambiente hostil, mas isso não caracteriza necessariamente trabalho forçado, jornada exaustiva ou condições degradantes;

j) o acampamento é provisório para esse tipo de empreitada, razão pela qual não há espaço para banheiros químicos ou alojamento e demais exigências previstas em lei;

k) os trabalhadores recebiam alimentação, retornavam ainda durante o dia para o acampamento, de modo a repousar, sendo os paraguaios os mais habituados a esse trabalho;

l) o fato de dormirem em camas improvisadas não representa rebaixamento ou aviltamento da dignidade dos trabalhadores, considerando que se trata de costume;

m) as condições de trabalho eram normais;

n) houve atendimento aos trabalhadores que adoeceram, que foram levados para a cidade e medicados;

o) a pena-base foi fixada de maneira excessiva, tendo ocorrido “bis in idem” na valoração das circunstâncias judiciais;

p) presente a circunstância atenuante da confissão espontânea;

q) o aumento da pena em razão do concurso formal é desproporcional, não havendo justificativa para isso;

r) considerando as circunstâncias do delito, sendo o acusado primário e com atividade lícita, o regime inicial de cumprimento de pena é o menos gravoso, além de ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 689/705).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 707/715v.).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Uendel Domingues Ugatti, manifestou-se pelo desprovimento do recurso. Requereu que tão logo sejam esgotadas as vias ordinárias seja expedida a carta de sentença para o Juízo competente para a execução das penas, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 e ADCs n. 43 e 44).

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Imputação. Idelfonso Machado Parra, Alonso Esgaib e Alexandre Lebedenko foram denunciados pela prática dos crimes previstos no art. 125, XII, da Lei n. 6.815/80, e art. 149, § 1º, II, c. c. o art. 29, ambos do Código Penal, por terem promovido a entrada de estrangeiros (cidadãos paraguaios) no Brasil, sem adotar as providências cabíveis, os quais mantiveram ocultos em clandestinidade, tendo os reduzido à condição análoga à de escravo:

Infere-se do incluso apuratório que, em maio de 2002, os denunciados contrataram cerca de dezessete trabalhadores paraguaios em Bella Vista/PY, para trabalhar na Fazenda Realejo, localizada em Corumbá/MS, os quais foram introduzidos clandestinamente no país, mantidos ocultos na clandestinidade e reduzidos à condição análoga à de escravo.

Consta dos autos que os paraguaios FLORÊNCIO MARTINEZ AVEIRO e JULIO DELGADO VILLAMAYOR, após empreender fuga do local supramencionado, compareceram na Delegacia de Polícia Civil de Miranda/MS, e denunciaram os crimes (fls. 05/07).

Segundo relataram, o denunciado ILDEFONSO MACHADO PARRA foi até o local de residência das vítimas, em território paraguaio, e os contratou, juntamente com outras pessoas, para uma empreita, a qual consistia na feitura de uma cerca na Fazenda Realejo, de propriedade do denunciado ALEXANDRE LEBEDENKO, pelo prazo de vinte a trinta dias, com pagamento de R\$ 10,00 (dez reais) a diária.

Aduziram que, após alguns dias de trabalho no local, o administrador da fazenda, o denunciado ALONSO BARBOSA ESGAIB, questionou ILDEFONSO se aquelas pessoas teriam sido contratadas pelo prazo de três meses, o qual respondeu afirmativamente, sendo o fato negado pelos trabalhadores.

Diante da situação, ILDEFONSO teria afirmado que eles estavam trabalhando para o “homem” e que já não mandavam mais em si próprios, e retido, então, os documentos de viagem e o pagamento de seus compatriotas.

FLORÊNCIO e JULIO informaram, ainda, sobre as condições precárias do lugar em que foram alojados.

Com o objetivo de averiguar as denúncias efetuadas, uma equipe de policiais federais e fiscais do Ministério do Trabalho foi até a Fazenda Realejo e procedeu à fiscalização, conforme relatório de fls. 08/09. Na ocasião, foram encontrados dezessete estrangeiros de nacionalidade Paraguai, em situação irregular, trabalhando no local.

Ouvidos pelos policiais, às fls. 15/29, os trabalhadores estrangeiros confirmaram as denúncias, aduzindo que haviam sido contratados por ILDEFONSO para trabalhar na referida fazenda, com salário de R\$ 10,00, por dia, entretanto nunca receberam nenhum dinheiro. Afirmaram, ainda, que dormiam em um acampamento no meio do mato, em péssimas condições, e que lhes era oferecido comida, porém não os deixavam sair do local.

Na ocasião, ALONSO BARBOSA ESGAIB prestou declarações, às fls. 12, aduzindo:

“QUE, é Administrador da Fazenda Realejo de propriedade de Alexandre Lebedenko, brasileiro, o qual reside em Presidente Prudente/SP, não sabendo precisar o endereço do mesmo, sabendo apenas o telefone: (18) 222.3399; QUE, em relação aos estrangeiros paraguaios encontrados na presente data trabalhando na fazenda, foram contratados pelo Empreiteiro Idelfonso Parra, que mora na Rua Salviano de Oliveira, 360 - Vila Pinheiro - Aquidauana/MS, tel.: (067) 214.1133; QUE, conhece pessoalmente o Empreiteiro Idelfonso; QUE, todos os estrangeiros foram contratados pelo Idelfonso para fazerem cerca na fazenda e por um período de 03 (três meses) aproximadamente tendo início a cerca de 02 (dois) meses passados; QUE, toda parte de contratação e pagamento é de responsabilidade de Idelfonso; QUE, desconhece que o estrangeiro na condição de TURISTA ou CLANDESTINO não pode trabalhar e que apenas os cartões de Entrada e Saída de alguns estrangeiros em sua guarda a pedido de Idelfonso para não extraviar; QUE, o Sr. Alexandre, proprietário da fazenda sabia que tais estrangeiros estavam sendo contratados pelo empreiteiro Idelfonso e acredita que o Sr. Alexandre também não conheça a Lei do estrangeiro, onde diz que TURISTA não pode trabalhar; (...)

Ouvido pela autoridade policial, às fls. 57/58, ILDEFONSO confessou a prática delituosa.

“QUE, conhece ALONSO BARBOSA ESGAIB da Fazenda REALEJO, no município de Corumbá/MS; QUE, ALONSO é capataz da fazenda REALEJO; QUE, não sabe precisar o nome do proprietário da referida propriedade; QUE, ALONSO o contratou para em regime de empreitada, realizar cercas na fazenda; QUE, como a fazenda é extensa, contratou mais de vinte pessoas para lhe ajudar; QUE, foi até a Cidade de Bela Vista/Brasil onde contactou seu irmão MARIANO MACHADO PARRA o que lhe disse que teria pessoas em Bella Vista/Paraguai e

as contratou para a empreita; QUE, está em situação irregular no país, tendo em vista aqui morar desde os cinco anos de idade e nunca haver regularizado sua situação no país; (...); QUE há cerca de um mês atrás se dirigiu para a fazenda REALEJO com sua comitiva e lá começou a desenvolver s trabalhos; (...); QUE, após três dias de já estarem trabalhando apareceu na fazenda o Sr. ALONSO BARBOSA ESGAIB, capataz e responsável pela fazenda; (...)

De acordo com o relato dos policiais que participaram da equipe de fiscalização, FRANCIRAN MENDES DE HOLANDA, RAIMUNDO NONATO GOMES FERREIRA, ROSEMARY FLÁVIO, CRISTIANO SALETE COSTA VALLE e MARCUS VINÍCIU A BURANELLO, às fls. 104/114, as condições das instalações utilizadas pelos trabalhadores eram as piores possíveis, sendo que as condições de higiene eram horríveis. Segundo eles, os trabalhadores reclamaram da situação de escravidão em que viviam, dizendo que haviam sido enganados ao chegar à Fazenda, de onde não podiam mais sair. Ademais, os trabalhadores eram vigiados por ILDEFONSO, o qual utilizava arma para intimidá-los. Inclusive, durante a fiscalização, houve a apreensão de uma arma de fogo de posse do filho de ILDEFONSO.

Portanto, restou indubitável que os denunciados promoveram a introdução de estrangeiros em território nacional, sem adotar as providências cabíveis e que sabiam serem necessárias, mantendo-os ocultos e na clandestinidade, bem como os reduziram à condição análoga à de escravo.

(...)

A autoria de ambos os delitos é incontroversa. A materialidade do crime resta demonstrada pelos depoimentos uniformes no inquérito. (fls. 2/8).

Do processo. Houve o desmembramento do feito em relação ao acusado Alonso Barbosa Esgaib (fls. 419v., 421/421v.).

A sentença declarou a extinção da punibilidade de Alexandre Lebedenko, com relação ao crime do art. 149, *caput*, § 1º, II, do Código Penal, em razão da prescrição em abstrato do delito, nos termos do art. 107, IV, c. c. o art. 115 e do art. 109, *caput* e III, todos do Código Penal.

Também declarou a extinção da punibilidade de Ildefonso Machado Parra e Alexandre Lebedenko, em relação ao crime do art. 125, XII, da Lei n. 6.815/80, nos termos do art. 107, IV, e do art. 109, *caput* e IV, todos do Código Penal

Materialidade. A materialidade do delito está demonstrada pelos seguintes elementos de convicção:

- a) Boletim de Ocorrência n. 261/2002 (fls. 14/15);
- b) relatório de ordem de missão policial complementar (fls. 16/17);
- c) auto de infração (fls. 19/37 e 67/68);
- d) depoimentos dos trabalhadores e testemunha, em sede policial (fls. 22/37 e 112/122);
- e) termos de rescisão de contrato de trabalho (fls. 48/63);
- f) parecer emitido pela Polícia Federal (fls. 69/74);
- g) notificação de que foi mantido o valor da multa aplicada (fl. 75).

Autoria. Resta comprovada a autoria delitiva.

As testemunhas Raimundo Nonato Gomes Ferreira e Marcus Vinicius Amaral Buranello, agentes da Polícia Federal, em Juízo, confirmaram que estiveram no local dos fatos onde constatarem as condições em que eram mantidos os trabalhadores de origem estrangeira, que estavam em situação análoga de escravo. Disseram ter sido informados que esses não receberam os valores pelos serviços e não podiam sair dali. Declararam que os trabalhadores eram impedidos de deixar o local por indivíduo armado. Informaram que foi encontrado indivíduo

portando arma de fogo. Acrescentaram que os trabalhadores dormiam em um barracão de lona e a estrutura para alimentação e em geral era precária. Explicaram que no local dos fatos esteve uma equipe integrada da Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho. Não sabiam informar há quanto tempo estavam trabalhando no local (fls. 482/483 e mídia à fl. 484).

A Policial Federal Cristiane Salete Costa do Vale, ouvida como testemunha em sede judicial, declarou que esteve no local dos fatos e viu o acampamento em que estavam os trabalhadores estrangeiros. Acrescentou que foi ela quem encontrara a arma de fogo que era do filho do réu Ildefonso. Informou que os trabalhadores ficavam em barracas próximas ao local onde construíam as cercas. Disse que havia alguns desses deitados no chão e que dormiam em lugares improvisados. Acrescentou que os trabalhadores bebiam água de rio. Informou que foi dito a eles que os trabalhadores não podiam sair do local. Não soube responder como eram as condições de saúde de tais indivíduos. Declarou que o filho de Ildefonso também trabalhava na construção da cerca e os trabalhadores disseram que ele escondera a arma assim que a equipe de fiscalização chegara ao local. Asseverou que os trabalhadores das fazendas costumam se submeter a condições semelhantes. Disse que não sabia maiores detalhes sobre o contrato de trabalho (fl. 491 e mídia à fl. 492).

Ouvido na condição de testemunha, Franciran Mendes Holanda, em Juízo, declarou que participara na fiscalização ocorrida no local dos fatos. Afirmou que havia trabalhadores estrangeiros que estavam em condições precárias. Confirmou os fatos narrados na denúncia. Asseverou que um dos indivíduos que estava no local escondeu arma de fogo, que foi encontrada. Acrescentou que não havia banheiros e a estrutura geral e de alimentação não atendia ao que determina a lei. Disse que os trabalhadores eram impedidos de deixar o local, onde eram intimidados por indivíduo que portava arma de fogo. Declarou que os trabalhadores informaram que não recebiam os valores que haviam sido acordados. Confirmou as declarações que prestara em sede policial (fls. 551/552 e mídia à fl. 553).

As testemunhas Marcos Antonio Azeredo Passos e Leonardo Coutinho Cerávolo, em sede judicial, declararam que conheciam apenas Alexandre Lebedenko e nada sabiam que desabonasse a sua conduta. Nada disseram sobre os fatos (fls. 602/603 e mídia à fl. 620).

Alexandre Lebedenko, em sede judicial, quanto aos fatos, afirmou que comprara a fazenda mencionada nos autos entre 2000 e 2001 e que lhe indicaram Alonso Esgaib para administrá-la, o qual contratou, com registro em carteira. Afirmou que lhe foi informada a necessidade de cercar a fazenda, razão pela qual Alonso contratou o empreiteiro Idelfonso. Não sabia que havia cidadãos paraguaios trabalhando em sua fazenda, do que teve conhecimento apenas quando da ação da Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho. Acrescentou que contratara advogado para regularizar a situação dos trabalhadores, tendo arcado com as despesas de deportação dos estrangeiros. Informou que foram impostas multas, as quais pagara, assim, como quitou os valores devidos aos trabalhadores, cumprindo o que foi determinado pelas autoridades. Disse que Idelfonso se comprometera a trabalhar para finalizar a construção da cerca, o que fizera com a ajuda de trabalhadores brasileiros. Afirmou que Alonso declarou aos policiais que ele tinha conhecimento da presença de trabalhadores paraguaios em suas terras, por ter se sentido intimidado. Declarou ter tido conhecimento de que o filho de Idelfonso foi agredido por policiais. Acrescentou que os trabalhadores ficavam em barracas de lona e na medida em que a cerca progredia o acampamento ia sendo mudado. Asseverou ter ciência de que foi apreendida arma de fogo com o filho de Idelfonso, mas negou que houvesse utilização na fazenda. Disse que os trabalhadores poderiam ter saído do local espontaneamente se quisessem. Afirmou que Idelfonso negou que tivesse arma de fogo no local. Declarou ter outros empregados em outras fazendas, que eram registrados e negou que houvesse trabalhadores

paraguaios em tais locais. Negou ter oprimido aos trabalhadores. Afirmou que Ildefonso assumiu a responsabilidade pelo ocorrido. Alonso disse a ele que não sabia que os trabalhadores eram paraguaios e não lhe informou que guardara os cartões de entrada e saída dos estrangeiros na sede da fazenda. Explicou que Alonso não acompanhava o trabalho porque cuidava de outras fazendas. Não tem conhecimento se esse tinha ciência das condições de alimentação e acomodação dos trabalhadores. Informou que o acesso era apenas por cavalo, razão pela qual a comunicação se dava só no começo e na entrega do serviço. Os trabalhadores ficaram entre 15 e 20 dias na fazenda e não recordou se houve adiantamento, embora acreditasse que esse teria sido necessário. Não recordou do valor cobrado pela empreitada, mas havia contrato em que constava tal informação (fls. 319/322).

Em seu interrogatório judicial, Ildefonso Parra Machado declarou que eram verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Afirmou que era empreiteiro e trabalhara na fazenda mencionada nos autos, cujo dono era Alexandre e o capataz era Alonso, para a construção de cercas, tendo contratado cerca de 17 (dezesete) trabalhadores paraguaios, para quem pagava cerca de R\$ 10,00 (dez reais) ao dia. Informou que esses dormiam em um barraco, tendo-lhes fornecido alimentação, a qual não era descontada do salário. Acrescentou que os trabalhadores lá ficaram cerca de 15 (quinze) dias e haviam sido contratados por 3 (três) meses. Disse que os trabalhadores dormiam em um “giral” e que poderiam deixar o local se quisessem. Explicou que não conhecia Alexandre, pois havia sido contratado por Alonso. Acrescentou que era ele quem fazia o pagamento dos trabalhadores e isso se daria ao fim da empreitada. Declarou que não tinha conhecimento de que não poderia contratar cidadãos paraguaios para trabalhar no Brasil. Afirmou que foi ele quem pagara pelo transporte dos trabalhadores até o local. Negou ter retido os documentos dos trabalhadores. Confirmou que sabia que eram paraguaios (fls. 346/347).

O réu confirmou que foi o responsável pela contratação e que tinha ciência de que eram cidadãos paraguaios.

As declarações prestadas pelas testemunhas em sede judicial ratificam as informações narradas na denúncia de que os trabalhadores paraguaios contratados pelo réu Ildefonso eram mantidos em condições precárias, sem estrutura mínima para higiene, descanso e alimentação. Também indicam a proibição de deixarem o local, conforme havia sido declarado em sede policial pelos trabalhadores que denunciaram as condições para a autoridade policial. Note-se que foi encontrada arma de fogo, que permite concluir que havia a intimidação dos prestadores de serviço arregimentados pelo réu, que os mantinha sob vigilância.

Ressalte-se que as testemunhas Marcus Vinicius Amaral Buranello e Franciran Mendes Holanda declararam que existia um caderno de anotações para que fossem apontadas as despesas dos empregados o que também servia para impedi-los de deixar o local.

Portanto, todo o conjunto probatório permite concluir que os trabalhadores estrangeiros estavam sujeitos a condições degradantes de trabalho e tinham sua liberdade de locomoção reduzida e que o acusado tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta.

Comprovadas a materialidade e a autoria, a condenação do acusado é mantida.

Dosimetria. A pena-base foi fixada na sentença acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa.

Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Em razão do concurso formal, a pena foi aumentada da 1/2 (metade), passando para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 4 (quatro) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, a qual foi tornada definitiva.

Fixado o regime inicial de cumprimento de pena fechado.

Não houve a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

A defesa alega a existência de *bis in idem* para a fixação da pena-base, tendo em vista que a sentença exasperou a pena 1/3 (um terço) pela culpabilidade e quanto a personalidade, circunstâncias e consequências do crime elevou mais 1/6 (um sexto) para cada. Acrescenta que está presente a circunstância atenuante da confissão espontânea e que o aumento da pena em razão do concurso formal é desproporcional, não havendo justificativa para isso. Assevera que considerando as circunstâncias do delito, sendo o acusado primário e com atividade lícita, o regime inicial de cumprimento de pena é o menos gravoso, além de ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Considerando que o acusado é primário e não tem antecedentes (fl.610v. e 612). Mas, sendo a sua reprovabilidade de sua conduta e sua culpabilidade acentuadas, uma vez que os trabalhadores além de submetidos a condições degradantes tinham a sua locomoção restrita em razão de dívida, também tendo em vista a personalidade do acusado, que intimidava os trabalhadores e os submetia a vigilância ostensiva, com a utilização de arma de fogo, e, ainda, as circunstâncias do delitos, pois os trabalhadores foram trazidos de seu país para serem reduzidos à condição de escravos em território nacional, é justificável a fixação da pena-base acima do mínimo legal, a qual é estabelecida no dobro do mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, uma vez que o réu declarou que eram verdadeiros os fatos narrados na denúncia e confirmou que foi ele quem contratara os trabalhadores, a pena é reduzida 1/6 (um sexto), perfazendo 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Tendo em vista que o crime foi praticado contra 17 (dezessete) vítimas, sendo considerável o número de indivíduos atingidos pela conduta do acusado, é razoável o estabelecimento da fração de 1/2 (metade), para o concurso formal, a qual é mantida, por ser adequada ao caso, totalizando a pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa, a qual torno definitiva.

Considerada a pena fixada para o acusado, o regime inicial de cumprimento de pena é o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Não há a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, uma vez que não estão preenchidos os requisitos legais (art. 44, I, do Código Penal).

Execução provisória. HC n. 126.292 do Supremo Tribunal Federal. Esgotamento das vias ordinárias. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual “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” (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). Em regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (STF, Repercussão geral em ARE n. 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr n. 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr n. 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).

Do caso dos autos. A Procuradoria Regional da República requer a imediata execução da pena.

Confirmada a condenação do réu por este Tribunal Regional Federal, determino a execução provisória, tão logo sejam esgotadas as vias ordinárias, em conformidade com o acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação para reduzir a pena de Ildefonso Machado Parra para 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa e estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, pela prática do crime do art. 149, *caput*, e § 1º, II, do Código Penal, em concurso formal. Mantidos os demais termos da sentença. Determino a execução provisória, tão logo sejam esgotadas as vias ordinárias.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO:

Trata-se de apelação interposta pelo réu Idelfonso Machado Parra contra a sentença de fls. 648/660, integrada pela decisão de fls. 717/717-verso, que o condenou ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime do artigo 149, *caput* e § 1º, inciso II, do Código Penal, em concurso formal.

Em suas razões de apelação, a defesa pugna pela absolvição do acusado, por ausência de dolo, bem como de prova de autoria e materialidade. Alternativamente, requer a redução da pena-base; aplicação da atenuante da confissão; o afastamento do aumento de pena em razão do concurso formal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 689/705).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso. Requereu a expedição de carta de sentença para o Juízo competente para a execução das penas, após o esgotamento das vias ordinárias, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 126.292 e ADCs nº 43 e 44).

Em sessão de julgamento realizada em 25/06/2018, a 5ª Turma desta Corte Regional decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação para reduzir a pena de Ildefonso Machado Parra para 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa e estabelecer o regime inicial semiaberto, pela prática do crime do art. 149, *caput* e §1º, inciso II, do Código Penal, em concurso formal, mantidos os demais termos da sentença. Além disso, por maioria, determinou a execução provisória, após o esgotamento das vias ordinárias, nos termos do voto do relator Desembargador Federal André Nekatschalow, no que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Paulo Fontes.

Aqui, a minha divergência cinge-se ao momento de início da execução provisória da pena.

Passo a declarar meu voto.

No que toca ao mérito do recurso, *acompanho* o relator para dar parcial provimento ao recurso da defesa.

Divirjo tão somente quanto à determinação da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

O princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é absoluto e não comporta exceções.

No particular, ainda que mantida a condenação proferida em primeiro grau, entendo não ser o caso de determinar a execução provisória da decisão penal condenatória.

Isto porque, no momento do julgamento da apelação, ainda não se verifica o esgotamento das vias ordinárias, razão pela qual não há falar em execução provisória da pena, ainda que por força de precedente do Supremo Tribunal Federal (HC nº 126.292).

O paradigma acima apontado não determina a execução provisória da pena diante de um julgamento de segundo grau; apenas a possibilita uma vez esauridas as instâncias ordinárias criminais, o que não se verifica no momento em que o julgador aprecia o recurso de apelação. Neste momento processual, ainda são cabíveis outros recursos.

Antes do trânsito em julgado da condenação, que ocorre com o esgotamento de todos os recursos, só é possível a prisão de natureza cautelar.

Desta feita, ainda que encerradas as vias ordinárias, a execução provisória da pena, com a consequente decretação da prisão do réu, dependeria da comprovação dos requisitos legais e da imprescindibilidade da medida (artigos 282, §6º, 312, *caput* e 313, todos do Código de Processo Penal).

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação defensiva para reduzir a pena do acusado para 5 (cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa e fixar regime inicial semiaberto, pela prática do crime do artigo 149, *caput* e §1º, inciso II, do Código Penal, em concurso formal (*acompanho* o relator) e *indefiro* o pedido de expedição de carta de sentença antes do trânsito em julgado (*divirjo* do relator).

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO

APELAÇÃO CRIMINAL
0000604-88.2009.4.03.6122
(2009.61.22.000604-4)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TUPÃ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Classe do Processo: Ap. 48731

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2018

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. ROUBO CONTRA OS CORREIOS. ART. 157, § 2º, I E II, CP. MATERIALIDADE, DOLO E AUTORIA COMPROVADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONCURSO DE PESSOAS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PENA DE MULTA. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSOS NÃO PROVIDOS. PENA DE MULTA REDUZIDA DE OFÍCIO.

1. Laudo de insanidade mental produzido consoante o art. 159, § 1º, do CPP, o qual permite que, na falta de perito oficial, o exame pericial seja realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.
2. Salvo a hipótese de incompatibilidade ou impedimento legal (art. 112, CPP), não há óbice legal que impeça a participação de experto nomeado pelo juízo em mais de um exame pericial.
3. A mera brevidade do laudo pericial não implica sua nulidade, se os quesitos formulados pelas partes foram satisfatoriamente respondidos pelo perito.
4. Materialidade, autoria e dolo referentes ao crime de roubo, cometido nos moldes do art. 157, § 2º, I, do Código Penal comprovados.
5. Anulada a primeira sentença condenatória devido a recurso interposto exclusivamente pela defesa, deve-se observar o princípio da *non reformatio in pejus* indireta para a prolação da segunda. Precedentes.
6. Embora o emprego de arma de fogo esteja tipificado como causa especial de aumento para o crime de roubo, as demais circunstâncias em que a grave ameaça foi exercida contra as vítimas podem extrapolar o tipo derivado e devem ser adequadamente sopesadas na dosimetria da pena-base.
7. É vedada a valoração negativa, a título de maus antecedentes ou reincidência, de quaisquer registros que não sejam condenações criminais com trânsito em julgado, ante o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Súmula 444 do c. STJ.
8. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos em crime de roubo, ante expressa vedação legal (art. 44, inc. I, CP).
9. Recursos de apelação ministerial e de defesa não providos. Pena de multa reduzida de ofício.

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 recursos de apelação interpostos pela acusação e pela defesa e, de ofício, reduzir a pena de multa aplicada, fixando a pena definitiva de *Fernando Alves dos Santos Fonseca* em *10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal* (fls. 558/576) e por *Fernando Alves dos Santos Fonseca* (fls. 598/607) contra a r. sentença de fls. 550/555 que julgou parcialmente procedente o pedido para absolver o réu do delito previsto no artigo 14 da Lei 10.826/2003, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, e condená-lo nas penas do artigo 157, §2º, I, do Código Penal, a 10 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, no regime fechado, e 369 dias-multa.

O Ministério Público Federal, em suas razões recursais, sustenta que há equívoco da sentença porque, na primeira sentença, a qual foi anulada pelo eg. TRF, a pena-base foi fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa; enquanto que, na presente sentença, a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Assim, teria se distanciado das circunstâncias fáticas constantes nos autos, considerando, nessa nova sentença, de forma diversa, a valoração das mesmíssimas circunstâncias judiciais corretamente apreciadas na primeira sentença. Alega que o réu se utilizou de grave ameaça contra clientes e funcionário das ECT, causando temor não só pelo emprego de arma de fogo, mas por ter prometido mata-las, caso chamassem a polícia, demonstrando hostilidade. Consigna que, conforme as testemunhas, após o roubo, o réu saiu normalmente em direção à avenida, demonstrando frieza, ousadia e desprezo, devendo-se entender a culpabilidade como desfavorável ao réu, e não considera-la como neutra. Quanto à personalidade, a primeira sentença entendeu como desfavorável, contudo, na segunda, o MM. Juízo “a quo” a considerou “neutra”. Alega que o réu já foi processado diversas vezes, fazendo do crime seu meio de vida e principal fonte de renda, ser reincidente no crime de porte de arma de uso restrito. Requer sejam reconhecidas como desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, da personalidade, bem como as circunstâncias do crime para exasperar a pena-base do réu. Pede, por fim, o reconhecimento do concurso de agentes previsto no artigo 157, §2º, II do Código Penal, e o concurso material de crimes previsto no artigo 71 do Código Penal.

Nas suas razões recursais, o réu sustenta que sofre de disartria, a qual foi constatada em audiência por todos, mas teria sido negligenciado no laudo pericial, embora tivesse exposto nos dois laudos a dificuldade da fala do réu. Entende que a perita que participou do primeiro laudo não poderia participar do segundo, tendo feito apenas uma cópia do primeiro laudo e, o segundo perito, se limitando apenas a responder laconicamente. Afirma que pelas fotografias

de ambos os inquéritos não se constata que o réu tenha praticado os ilícitos, porque o réu tem estatura acima da média, quase dois metros de altura, sendo que o “meliante” (sic) que praticou os ilícitos é de estatura mediana. Anota que não há prova de nenhuma espécie que incrimine o réu.

Com as contrarrazões do réu (fls. 595/598) e do Ministério Público Federal (fls. 609/616), subiram os autos a esta Corte.

Foram realizados dois Laudos Periciais para aferir a sanidade mental do réu (fls. 508/512 e fls. 528/531), concluindo pela ausência de insanidade mental.

A Procuradoria Regional da República (fls. 618/621) ofereceu Parecer, opinando pelo desprovimento do apelo do réu e parcial provimento à apelação da acusação apenas para exasperar a pena-base conforme estabelecido na sentença anulada e, de ofício, a reforma na quantidade de dias-multa para restabelecer os 27 (vinte e sete) dias-multa fixadas na primeira sentença.

É o relatório.

À revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Hélio Martins Ferrez e Fernando Alves dos Santos Fonseca foram denunciados pelos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I e II, c. c. o art. 29 do Código Penal, e art. 14 da Lei nº 10.826/03, pelos fatos a seguir expostos.

Consta da peça acusatória que, em 20/02/2009 e 02/03/2009, os acusados, agindo em comunhão de esforços e unidade de designios, subtraíram para si, mediante grave ameaça, com emprego de arma de fogo, coisa alheia móvel nas dependências da agência dos Correios localizada no município de Parapuã/SP.

Segundo o Ministério Público Federal, *Hélio Martins Ferrez* teria prestado auxílio material para o cometimento do crime, por ter dado cobertura e dirigido o veículo utilizado para a fuga do local do crime.

Por sua vez, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* teria ingressado na agência dos Correios de Parapuã/SP e, após sacar uma arma, anunciado o assalto.

Após subtrair quantias de R\$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) e R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) que se encontrava em caixas da empresa pública, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* teria saído do local caminhando normalmente em direção à avenida principal da cidade, onde, segundo populares, teria embarcado num veículo que o aguardava.

Os fatos teriam sido descobertos por ocasião da prisão em flagrante delito dos acusados em Ida Iolanda/SP por crime de roubo cometido contra a agência dos Correios desta municipalidade, consoante o depoimento de vítimas e testemunhas.

O *modus operandi* adotado pelos acusados seria sempre o mesmo: enquanto *Fernando* entrava na agência dos Correios e anunciava o roubo, *Hélio* permanecia no veículo GM/Monza, com placas de Araçatuba/SP, dava cobertura e providenciava a fuga.

Após processamento do feito, sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia, para: a) absolver os acusados da imputação de prática do crime disposto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, nos termos do artigo 386, III, do CPP; b) condenar *Fernando Alves dos*

Santos Fonseca a 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa, pelo delito do art. 157, § 2º, I, do Código Penal; c) e absolver *Hélio Martins Ferrez* da imputação pelo crime do art. 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, nos termos do art. 386, V, do CPP (fls. 397/402).

Em recurso de apelação, a defesa de *Fernando Alves dos Santos Fonseca* requereu, preliminarmente, a anulação da sentença condenatória para instauração de incidente de insanidade mental, porquanto o réu seria dependente químico e, ao tempo do fato, teria consumido drogas e, assim, não se encontrava em condições de lucidez e tirocínio ao agir. No mérito, pleiteou a absolvição do acusado por insuficiência de provas de autoria (fls. 451/454).

Em sessão de julgamento realizada em 16/07/2013, a colenda Primeira Turma deste Tribunal houve por bem acolher a preliminar suscitada, para anular a sentença de primeiro grau e determinar a conversão do julgamento em diligência, para que fosse instaurado incidente de insanidade mental (fls. 486).

Instaurado o incidente, concluiu-se que o acusado possuía sanidade mental ao tempo do fato, razão por qual a ação penal foi retomada (fls. 508/514).

Sobreveio, então, nova sentença, que julgou parcialmente procedente a denúncia, para: a) absolver *Fernando Alves dos Santos Fonseca* do delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, nos termos do artigo 386, III, do CPP; b) condená-lo a 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime fechado, e 369 (trezentos e sessenta e nove) dias-multa, pelo delito do art. 157, § 2º, I, do Código Penal; c) absolver *Hélio Martins Ferrez* da imputação do delito do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, no termos do art. 386, V, do CPP.

Passo à análise das razões recursais.

Preliminarmente, a defesa alega nulidade do laudo pericial produzido no incidente de insanidade mental, por ter sido realizado pela mesma perita que realizara laudo pericial anterior e por ser uma mera cópia deste laudo.

Não lhe assiste razão.

Antes de tudo, note-se que o art. 159, § 1º, do CPP permite que, na falta de perito oficial, o exame pericial seja realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

No presente caso, os peritos nomeados pelo juízo detêm qualificação de médicos psiquiátricos, o que dá cumprimento ao referido requisito legal (fls. 146/150 e 152, dos autos nº 0000999-07.2014.4.03.6122, apensos).

Verifica-se, também, ter sido observado o previsto no art. 159, § 3º, do CPP, intimando-se o Ministério Público Federal e a defesa para que, querendo, formulassem quesitos (fls. 13), o que foi feito somente pela acusação (fl. 20).

Pois bem. Os peritos que elaboraram os laudos ativeram-se a tais quesitos e a outros formulados pelo juízo, respondendo-os de forma clara e conclusiva.

Além disso, as partes, a tempo e modo, manifestaram-se sobre os laudos (fls. 154 e 157/158, do incidente apenso).

Não se vislumbra, portanto, nenhum cerceamento de defesa.

Quanto à impugnação referente ao fato de a Dra. Cristina Alvarez Guzzardi (CRM 40.664) ter participado dos dois exames periciais realizados (fls. 06/10 e 146/150 do incidente), inexistente nulidade a ser sanada, pois não há óbice legal que impeça a participação de experto nomeado

pelo juízo em mais de uma perícia.

Outrossim, a defesa não arguiu em nenhum momento incompatibilidade ou impedimento legal dos peritos, de forma que fosse instaurado a competente exceção de suspeição para análise dos argumentos apresentados (art. 112, CPP).

Por fim, a despeito da singeleza do laudo assinado pelo segundo perito, no segundo exame realizado (fls. 152 do incidente), não há falar-se em nulidade, pois todos os quesitos formulados foram adequadamente respondidos.

Passo ao mérito recursal.

A *materialidade delitiva* dos crimes de roubo está comprovada por: a) depoimentos testemunhais de *Ideis Maria de Souza Tsunoda*, funcionária dos Correios (fls. 57/58), e *Canuto Soroca* (fls. 60/61), funcionário público municipal (vigia de praça pública) (fls. 60/61); b) cópia de Auto de Exibição e Apreensão, em que consta a retenção, na data da prisão em flagrante do apelante em Nhandeara/SP, de um revólver Taurus, calibre .38, cano curto, oxidado, nº 1402619, com cabo de madeira quebrado, municiado com cinco projéteis de calibre compatível, marca CBC (fls. 65), e respectiva cópia de laudo pericial atestando a eficácia do artefato para disparos (fls. 67); c) cópias dos processos administrativos instaurados pelos Correios, referentes aos fatos ocorridos na agência dos Correios em Parapuã/SP em 20/02/2009 e 02/03/2009 (Apensos I e II).

A *autoria* e *dolo* estão igualmente comprovados.

A testemunha *Ideis Maria de Souza Tsunada* (fl. 356), funcionária dos Correios, afirmou que estava presente na agência de Parapuã/SP tanto em 20/02/2009 como em 02/03/2009. Afirmou que, na primeira ocasião, estava com seu colega de atendimento, quando um indivíduo adentrou a agência, sacou uma arma e já anunciou o assalto. O assaltante ordenou que os dois funcionários abrissem as gavetas (dos caixas) e colocasse o dinheiro em uma mochila (ou bolsa), o que foi cumprido. A ação foi rápida, questão de minutos. O indivíduo apontou a arma para a testemunha e seu colega. Acredita que foram subtraídos de seu caixa aproximadamente R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). O assaltante estava sozinho e, assim que pegou o dinheiro, saiu da agência, dobrando uma esquina, a pé. Procuraram se informar sobre a direção que o assaltante tomara, mas ninguém soube informar. No segundo assalto (02/03/2009), a testemunha se encontrava na sala de seu chefe, quando ouviu um barulho. Quando foi ver do que se tratava, se deparou novamente com o mesmo indivíduo, que assaltava um colega da depoente. O roubador ordenou à testemunha que abrisse o seu caixa, para subtrair o dinheiro que ali estava. O assaltante também tencionou roubar um senhor que se encontrava na agência, mas foi demovido pelo colega da depoente. Foi embora da agência a pé e não o viu utilizando nenhum automóvel ou na companhia de alguém. Descreveu o criminoso como alguém moreno, alto, que usava boné, nas duas ocasiões. Reconheceu *Fernando Alves dos Santos Fonseca* como o responsável pelos dois roubos praticados em Parapuã/SP, por fotografias e pessoalmente, em audiência.

A testemunha *Canuto Soroca* (fl. 357), funcionário municipal (vigilante), relatou em juízo que sempre passa pelos Correios e, no dia do primeiro crime, se deparou com *Fernando Alves dos Santos Fonseca* (reconhecendo-o em audiência). Disse que, na ocasião, cumprimentou todos os presentes, mas o réu não correspondeu ao cumprimento, o que achou estranho. Naquela mesma hora, uma “menina” lhe disse que a agência dos Correios fora roubada, por um “moreninho”, aquele que passara e não cumprimentara a testemunha, entrando depressa e “apavorado” na agência. Acionaram a polícia, mas não foi possível prender o réu em flagrante, devido à rapidez da ação criminosa. Posteriormente, ocorreu outro roubo, cometido pela mes-

ma pessoa, mas em horário diferente. Ficou sabendo que o acusado se evadiu a pé. Não soube dizer se o réu fugira em um carro. Asseverou ter visto o corréu *Hélio Martins Ferrez* uma única vez, no dia do segundo roubo, na praça municipal, momentos antes do crime. Não viu quando *Hélio* saiu da praça, por estar sempre caminhando. Avistou o corréu com um celular, mas ele não o usava naquele momento. Afirmou que viu *Fernando Alves dos Santos Fonseca* com um embrulho, no dia do primeiro roubo. Não se recorda da roupa que usava, mas se lembra que vestia um boné.

De sua parte, a testemunha *Miriam Aparecida Oliveira Goes* (fl. 355), gerente da agência dos Correios de Inúbia Paulista/SP, esclareceu que, em 27/02/2009, por volta das 14h00, tinha acabado de atender um cliente e se encontrava sozinha na agência, quando um indivíduo entrou e anunciou o assalto, com um revólver. Na hora que o viu, reconheceu-o de imediato, pois já havia visto fotos do responsável pelo crime de roubo cometido (na agência dos Correios) em Parapuã/SP. O indivíduo então “pulou para dentro” (o balcão), mirando o revólver para a testemunha, e pediu-lhe para ir até a sua gaveta, para pegar o dinheiro que ali se encontrava. Tudo ocorreu muito rápido. O indivíduo ordenou: “Põe na bolsa! Põe na bolsa”. Tratava-se de uma bolsa a tiracolo, do tipo usado por carteiros. Usava boné. Dizia muito rápido: “Anda! Anda logo! Põe o dinheiro aqui! Pega as moedas também! Tudo!”. Nesse instante chegou uma cliente, para a qual o assaltante mirou a arma, ordenando-lhe que passasse sua bolsa e dinheiro. A cliente (*Clarice Alves Martins Dias*) não acreditou que fosse um assalto a princípio e o indivíduo, percebendo isso, pulou o balcão e foi em sua direção. Ele apontava o revólver ora para a testemunha, ora para a cliente. Foram subtraídos, também, cartões telefônicos. O assaltante ordenou, ainda, que fosse aberto o cofre, mas a testemunha disse que não seria possível, porque tinha sistema de retardo. Ordenou às vítimas, então, que não saíssem, senão atiraria. Após sua saída, a testemunha contatou a polícia. Além dos cartões telefônicos, foram subtraídos quase R\$ 1.000,00 (mil reais) pertencentes aos Correios. Acredita que nada foi subtraído de *Clarice*. A testemunha, então, reconheceu pessoalmente *Fernando Alves dos Santos Fonseca*, presente na audiência, como autor do crime. Não viu para onde o acusado se dirigiu após o assalto, porque fechou a porta da agência assim que saiu.

Já a testemunha *Clarice Alves Martins Dias* (fl. 354) declarou em juízo que dirigiu-se à agência dos Correios de Inúbia Paulista/SP, para buscar um celular seu, enviado para conserto por correio. Ao adentrar a agência, um indivíduo anunciou o assalto, pulou o balcão e apontou um revólver para a testemunha, perguntando se tinha “alguma coisa”, ao que a vítima respondeu que não. O indivíduo vistoriou sua bolsa, que tinha algum dinheiro, mas que não foi subtraído, por que ele se encontrava “muito apavorado”. O assaltante, então, tornou a pular o balcão para o interior da agência. Não teve nenhum objeto seu subtraído. Relatou que o assaltante ordenou a funcionária dos Correios que abrisse o cofre, mas ela lhe dissera que não sabia o segredo para abri-lo. Ele então se apavorou e logo foi embora, ordenando que não olhassem para fora da agência. Não viu o rumo tomado pelo indivíduo. Questionada se reconhecia o réu *Fernando Alves dos Santos Fonseca* como sendo o responsável pelo roubo, não o reconheceu assertivamente, dizendo apenas que o indivíduo, no dia dos fatos, vestia um boné e era “moreno” ou “negro”. Não teve tempo de reparar na estatura do indivíduo, embora tenha ficado bem próximo dela.

A testemunha arrolada pela defesa de *Hélio Martins Ferrez*, Mauro Lúcio Martins (fl. 358), consignou que conhece o réu há vinte anos. Não sabe de nada que o desabone. Conhece sua família. Não tem conhecimento de que tenha praticado algum crime. Afirmou não conhecer o corréu *Fernando Alves dos Santos Fonseca*. Asseverou que *Hélio Martins Ferrez* já lhe prestara serviço de ourives em sua relojoaria e que ele mesmo já tivera sua própria relojoaria,

no centro de Araçatuba, mantida até o final de 2008 ou 2009. A testemunha foi fiador do réu até ele vender a relojoaria. Indagada a razão de o réu vender a relojoaria, a testemunha disse que, à época, perguntou ao réu se ele passava por dificuldades financeiras, ao ele respondeu que não, mas somente que estava cansado e que desejava trabalhar como corretor de imóveis. Ficou sabendo que o réu figurava como parte em um processo, mas não soube dar detalhes. O acusado é, junto à sua esposa, provedor da família, composta por mais três filhas, uma delas casada. Sabe que o réu é proprietário de um GM/Monza (cinza, prata ou bege), que a própria testemunha lhe vendeu no início de 2009.

Em interrogatório judicial, *Hélio Martins Ferraz* (fl. 359), negou os fatos imputados. Afirmou nunca ter ido a nenhuma das duas cidades em que ocorreram os roubos ou ter ficado sentado na praça apontada pela testemunha *Canuto Soroca*. Alegou nunca ter visto a testemunha ou esta tê-lo visto. Conhece apenas as cidades de Presidente Prudente/SP e Tupã/SP. Confirmou conhecer *Fernando Alves dos Santos Fonseca* e que passou a conhecê-lo no restaurante que frequentava com sua mulher, chamado “Terra Boi” (Araçatuba/SP), onde o corréu trabalhava cuidando dos carros. Nunca manteve negócios com *Fernando*. Não sabe se o réu cometeu algum crime. O interrogando tinha dois celulares, mas não se recorda dos números. Não se lembra se tinha números telefônicos de *Fernando*. Confirmou ter comprado um veículo GM/Monza de *Mauro Lúcio Martins*, por R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para sua esposa. Alegou ter usado o referido carro apenas duas vezes, uma para levar uma vizinha para o hospital e outra quando foi preso. Disse que, no dia de sua prisão, se dirigira a Rio Preto/SP para tratar de negócios e havia dado uma carona para *Fernando*, sendo que o corréu havia praticado um assalto, por isso foi detido junto a ele. Na delegacia de polícia, foi obrigado a assinar um termo de interrogatório que não correspondia à sua versão dos fatos, após ter sofrido agressões físicas. Desde sua prisão, envolveram-no na investigação de outros crimes, que também não cometeu. Negou ter um revólver Taurus .38, mas revelou já ter tido arma de fogo, dez anos antes (por trabalhar com compra e venda de ouro). Manteve a arma por pouco tempo, até passar a frequentar a igreja.

Por fim, em interrogatório judicial, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* (fl. 360) alegou que, após ser preso, passou a ser acusado de vários roubos que não cometeu. Confessou ter praticado um crime de roubo em agência dos Correios localizada naquela cidade. Alegou que, naquele crime, ingressou na agência, mas não apontou a arma para ninguém, e anunciou o assalto. Na data, usava uma camiseta de time de futebol (São Paulo F. C.) e um boné. Questionado por que as testemunhas o teriam indigitado como o responsável pelos crimes de roubo, disse que, pessoas como ele, de “cor escura”, são facilmente confundidas. Sempre teve corte de cabelo “social”, curto. Nos idos de 2009, estava no “mundo do crime” e usava “trancinhas” no cabelo, mas agora segue a palavra de Deus. Não se recorda de fatos passados, devido a seu testemunho de fé, mas somente do presente, desde 2009. Afirmou que sofreu agressões físicas por parte de policiais e obrigado a assinar papeis, sob ameaça de prisão de sua mãe. Trabalha como pintor, mas fazia “bico” de frentista na churrascaria “Terra do Boi”. Tinha um telefone celular antes da prisão, que ganhou de um amigo, do “mundo pecaminoso”, da “bandidagem”. No dia da prisão, estava com o corréu *Hélio Martins Ferraz*. Alegou que estava em Rio Preto/SP, na casa de parentes, mas estava perdido por lá e, como conhece muita gente na churrascaria, decidiu para lá se dirigir, para encontrar alguém para ajudá-lo. Avistou, então, o automóvel GM/Monza de *Hélio* estacionado em uma feira de carros e resolveu aguardá-lo para pedir uma carona. Ao se encontrarem, *Hélio* lhe concedeu a carona. Disse que, em dado momento, o corréu parou o carro para comprar cigarros, momento em que o interrogando aproveitou para cometer o roubo, sem que aquele soubesse. Na volta, foram presos. Negou

que tivesse o número de telefone de *Hélio*. Não conhece as regiões de Parapuã/SP ou Inúbia Paulista/SP. Confirmou que o revólver Taurus .38 encontrado na data de sua prisão era seu. Indagado por que confessou outros crimes perante a autoridade policial, disse que foi obrigado a fazê-lo, por ter sido ameaçado de sofrer violência física.

Da análise dos autos, conclui-se que *Fernando Alves dos Santos Fonseca* é de fato o responsável pelos crimes de roubo cometidos em 20/02/2009 e 02/03/2009 na agência dos Correios localizada em Parapuã/SP.

Verifico que, dentre as testemunhas ouvidas, *Ideis Maria de Souza Tsunada*, *Miriam Aparecida Oliveira Goes* e *Canuto Soroça* reconheceram pessoalmente *Fernando Alves dos Santos Fonseca*, em audiência de instrução.

Nesse passo, destaca-se o depoimento de *Ideis Maria de Souza Tsunada*, a qual estava presente na agência dos Correios em ambos os dias e viu o acusado em ação nas duas ocasiões. A testemunha declinou características físicas compatíveis com as do réu (moreno, alto), assim como asseverou que fazia o uso de um boné quando praticava os crimes.

As provas dos autos revelam que *Fernando Alves dos Santos Fonseca* tinha o costume de utilizar essa peça de vestuário - um boné - ao praticar os crimes de roubo contra os Correios, conforme corroboram os depoimentos de *Canuto Soroça* e *Clarice Alves Martins Dias*. Além disso, o próprio acusado reconheceu que fazia uso desse adereço quando cometeu o roubo em Ida Iolanda/SP. Não é demasiado destacar que tal vestimenta foi apreendida com o réu no dia de sua prisão em flagrante (fls. 64).

Por sua vez, *Canuto Soroça* também confirmou ter avistado o acusado no dia do primeiro roubo cometido em Parapuã/SP, nas cercanias da agência dos Correios, momentos antes do crime.

Observa-se, ainda, que o *modus operandi* adotado pelo acusado, conforme narrado por *Ideis Maria de Souza Tsunada* (ação rápida, com arma em punho, subtraindo-se os valores dos caixas e bens particulares das vítimas), é compatível com a narrativa concedida por *Miriam Aparecida Oliveira Goes*, vítima de crime de roubo cometido de forma similar na agência dos Correios de Inúbia Paulista/SP, em 27/02/2009.

Não por acaso, *Miriam Aparecida Oliveira Goes* também reconheceu pessoalmente *Fernando Alves dos Santos Fonseca*, apontando-o como autor do roubo cometido em Inúbia Paulista/SP. Vale destacar que, no momento do crime, a acusada reconheceu o acusado de pronto, logo quando anunciou o assalto, devido ao fato de já ter visto fotos suas, por ter sido informada anteriormente sobre o crime de roubo cometido em Parapuã/SP (em 20/02/2009).

Enfim, *Clarice Alves Martins Dias* não reconheceu o acusado em juízo, mas corroborou a descrição do *modus operandi* concedida por *Miriam Aparecida Oliveira Goes*, expôs característica física compatível com o réu “moreno” ou “negro” e, como dito, confirmou que usava um boné no momento do delito.

Pelo lado da defesa, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* e o corréu *Hélio Martins Ferraz* se limitaram a negar a autoria dos fatos denunciados, sem trazer à instrução elementos que pudessem desconstituir as provas apresentadas pela acusação, conforme exige o art. 156 do CPP.

Quando indagado acerca do motivo que teria levado as testemunhas a indicá-lo como o autor dos crimes cometidos em Parapuã/SP, *Fernando Alves dos Santos Fonseca* restringiu-se a dizer que acredita ter sido confundido devido à cor de sua cútis.

Revelada a autoria do crime, o dolo está comprovado pela própria grave ameaça, empregada com arma de fogo, de que se valeu o réu para a subtração dos valores.

Diante das provas carreadas aos autos, a outra conclusão não se chega senão à responsabilidade criminal do acusado, de forma confirmo sua condenação.

Passo à *dosimetria da pena*.

De início, verifico que a primeira sentença condenatória, anulada por decisão desta Corte Regional, foi proferida conforme a seguir (fls. 400, v./402):

[...] Desta feita, a responsabilidade penal de Fernando Alves dos Santos Fonseca restringe-se ao crime de roubo, razão pela qual passo a individualização da pena (art. 59, *caput*, do CP). Atentando à culpabilidade: a censurabilidade e reprovabilidade da conduta, dado o emprego da grave ameaça, caracterizada pelo emprego de arma de fogo; aos antecedentes: responde a inquéritos e processos judiciais, sendo extensa sua ficha criminal; já foi condenado por uso de entorpecente e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (fls. 232/234), ensejando reincidência a ser considerada na próxima fase; à conduta social: sabe-se que é casado, tem três filhos, diz-se ser pintor e/ou guardador de carros e viciado em maconha (fl. 36, do IP); a personalidade do agente: demonstra mácula de caráter, mais compatível com o meio criminoso; aos motivos do crime: não foram esclarecidos pelo réu, que negou a autoria do delito, mas induz ser a obtenção de bens da vida, de modo fácil, sem o esforço do trabalho; às circunstâncias do crime: agiu com ousadia participando de assalto as agências dos Correios em plena luz do dia, sequer temendo que qualquer pessoa pudesse deter a prática dos atos delituosos; às consequências do crime: os valores e cartões telefônicos não foram recuperados, carreando à ECT os prejuízos, além de ter produzido insegurança social, caracterizada por ações dessa espécie em comunidade pacata do interior, além de ter afetado o serviço prestado pelos Correios e causado abalo psicológico às vítimas da violência (funcionários da ECT); bem como ao comportamento da vítima: em nada contribuiu para o delito.

Por conta das circunstâncias enunciadas desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, cada um valendo um trigésimo do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, atentando para a situação econômica do réu, que declarou ter atividade remunerada ao tempo da prisão, estimada em R\$ 300,00 mensais (fl. 36, do IP). Não há atenuantes a serem consideradas.

Presente agravante da reincidência, majoro a pena (em 1/6) para 7 (sete) anos de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa.

Como causas de aumento, tem-se o emprego de arma de fogo, conforme prova teste munhal e imagens cedidas pela ECT permitiram concluir. Já a causa de aumento alusiva ao concurso de pessoas não restou demonstrada, haja vista a absolvição do corréu e a ausência de elementos que permitam indicar participação de outra pessoa nos ilícitos. Assim, majoro a pena em 1/3, fixando a pena em definitivo em definitivo em 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão.

Ainda como causa de aumento, subsiste a continuidade delitiva - art. 71 do Código Penal -, incidente à espécie uma vez o réu reiterou a conduta por 3 (três) vezes. Assim, aumento a pena em 1/4 (um quarto), o que implica pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa, que torno definitiva.

O início do cumprimento da pena deve se dar em regime fechado (CP art. 33, 2º, a).

Incabível a substituição da pena no caso em tela, ante a pena aplicada e por se tratar de crime praticado com grave ameaça à pessoa (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO a fim de:

I) absolver FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA e HELIO MARTINS FERREZ do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal;

II) condenar FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA nas penas do art. 157, 2º, I, do Código Penal, a 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, regime fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa;

III) absolver HELIO MARTINS FERREZ do delito descrito no art. 157, 2º, I e II, do Código Penal, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Considerando o regime inicial de cumprimento da pena, as circunstâncias pessoais do réu (reincidência), a reiteração das condutas (sempre com o emprego de arma de fogo e grave ameaça) e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, decreto a prisão de Fernando Alves dos Santos Fonseca. Expeça-se mandado de prisão.

[...]

Já a segunda sentença condenatória foi lavrada nos seguintes termos (fls. 550/555):

[...]

Portanto, restringe-se a responsabilidade penal de Fernando Alves dos Santos Fonseca ao crime de roubo, motivo pelo qual passo a individualização da pena (art. 59, *caput*, do CP).

A) culpabilidade: é neutra, porque nada nos autos aponta merecer maior censura a conduta do réu;

B) antecedentes: do que se extrai dos autos, responde a inquéritos e processos judiciais, sendo extensa sua ficha criminal; já tendo sido condenado com trânsito em julgado por uso de entorpecente e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (fls. 232/234), um dos crimes deve ser valorado como circunstância desfavorável ao réu - o outro servirá para fins de reincidência;

C) conduta social: é neutra, pois se sabe apenas ser casado, com três filhos, diz-se ser pintor e/ou guardador de carros e viciado em maconha (fl. 36, do IP);

D) personalidade do agente: é neutra, na medida em que os autos não contêm elementos de aferição;

C) motivos do crime: não foram esclarecidos pelo réu, que negou a autoria do delito, mas induz ser obter bens da vida, de modo fácil, sem o esforço do trabalho, em prejuízo alheio, o que se reveste de elementar do tipo e, assim, deve ser considerada como neutra;

D) às circunstâncias do crime: neutra, porquanto inerentes ao tipo penal;

E) às consequências do crime: deve ser considerada em seu desfavor, pois os valores e cartões telefônicos não foram recuperados, carreando à ECT os prejuízos (embora os valores não sejam expressivos, deve ser sopesado o contexto dos roubos, cujos montantes surrupiados representaram a totalidade dos recursos das agências da ECT atingidas), além de ter produzido insegurança social, caracterizada por ações dessa espécie em comunidade pacata do interior; afetado ainda o serviço prestado pelos Correios, causando abalo psicológico às vítimas da violência (em especial, aos funcionários da ECT, conforme testemunhos);

F) comportamento da vítima: em nada contribuiu para o delito.

Por força das circunstâncias judiciais enunciadas, duas desfavoráveis ao réu (antecedentes e circunstâncias do crime), fixo a pena-base da pena privativa de liberdade em 5 anos e 6 meses de reclusão.

Não há circunstância atenuante, somente a agravante decorrente da reincidência (art. 61, I, do CP - condenado por crimes de uso de entorpecente e de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito - fls. 232/234). Assim, aumento a pena privativa de liberdade (em 1/6), que passa a corresponder a 6 anos e 5 meses de reclusão.

Ausente causa de diminuição.

Tem-se, como causa de aumento, o emprego de arma de fogo, conforme prova testemunhal e imagens cedidas pela ECT permitiram concluir. Já a causa de aumento alusiva ao concurso de pessoas não restou demonstrada, haja vista a absolvição do corréu e a ausência de elementos que permitam indicar participação de outra pessoa nos ilícitos. Dessa forma, majoro a pena privativa de liberdade em 1/3, fixando-a em 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão.

Subsiste ainda a continuidade delitiva - art. 71 do Código Penal -, que incide na espécie uma que vez o réu reiterou a mesma conduta por 3 (três) sucessivas vezes. Assim, aumento a pena

privativa de liberdade em 1/5, que passa a corresponder a 10 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, que torno definitiva.

Quanto à multa, fixo em 369 dias-multa, proporcionalmente à pena privativa de liberdade apurada nas fases de dosimetria. Considerando a capacidade econômica do réu, que declarou ter atividade remunerada ao tempo da prisão, estimada em R\$ 300,00 mensais (fl. 36, do IP), estabeleço o dia-multa no valor correspondente a 1/30 do salário mínimo, vigente ao tempo do crime.

O início do cumprimento da pena deve se dar em regime fechado (CP art. 33, 2º, a).

Incabível a substituição da pena no caso em tela, ante a pena aplicada e por se tratar de crime praticado com grave ameaça à pessoa (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO a fim de:

A) absolver FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA e HELIO MARTINS FERREZ do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal;

B) condenar FERNANDO ALVES DOS SANTOS FONSECA nas penas do art. 157, 2º, I, do Código Penal, a 10 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, regime fechado, e 369 dias-multa;

C) absolver HELIO MARTINS FERREZ do delito descrito no art. 157, 2º, I e II, do Código Penal, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Considerando o regime inicial de cumprimento da pena, as circunstâncias pessoais do réu (reincidência), a reiteração das condutas (sempre com o emprego de arma de fogo e grave ameaça) e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, o condenado deverá permanecer preso mesmo na hipótese de eventual recurso. Sem prejuízo, oficie-se ao juízo das execuções informando o teor desta sentença (ressaltando a declaração de nulidade do primeiro julgado) e solicitando-lhe a análise dos demais requisitos para que, nos termos da atual redação do 2º do art. 387 do CPP, seja imediatamente avaliada eventual detração e a possibilidade de progressão de regime prisional do réu.

[...]

Primeira fase: afirma o Ministério Público Federal que a pena-base aplicada seria insuficiente para a reprovação e prevenção dos crimes.

Nesse passo, alega que, na segunda sentença condenatória prolatada, o MM. Juiz *quo* teria considerado de forma diversa a valoração das mesmas circunstâncias que já haviam sido apreciadas na primeira sentença (anulada).

Sustenta que a culpabilidade e a personalidade do réu, bem como as circunstâncias do crime, exigiram a exasperação da pena.

Não assiste razão à acusação.

Observe-se, a princípio, que a extensão do pedido formulado pelo Ministério Público Federal encontra-se limitada pelo princípio da *non reformatio in pejus* indireta.

Em outras palavras, o provimento do recurso da acusação não deve levar ao estabelecimento de pena mais severa que aquela fixada na primeira sentença condenatória, eis que esta restou anulada em razão de recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa (cf. STF, HC 113.512, HC 115.428, HC 109. 298; TRF3, ACR 25.812).

No que toca à *culpabilidade*, o Ministério Público Federal alega que o réu atuou com grave ameaça contra funcionárias e clientes dos Correios, causando temor não apenas pelo uso de arma de fogo, mas prometendo matá-las caso chamassem a polícia, o que demonstra extrema hostilidade para garantir a subtração dos valores.

Com efeito, embora o emprego de arma de fogo esteja tipificado como causa especial de aumento para o crime de roubo, é certo que as demais circunstâncias em que a grave ameaça

foi exercida contra as vítimas podem extrapolar o tipo derivado sob análise e devem ser adequadamente sopesadas na dosimetria da pena.

De fato, não se deve considerar trivial, mas, sim, merecedor de maior censura o uso pelo agente de ameaça ou violência além daquela indispensável para a subtração dos bens almejados.

O excessivo temor incutido nas vítimas não é elemento ínsito ao crime de roubo e justifica o agravamento da pena.

No presente caso, contudo, a grave hostilidade alegada pelo Ministério Público Federal não restou comprovada pelos testemunhos das vítimas, que apenas declararam que o acusado praticou o crime com arma em punho, apontando erraticamente para uma ou outra pessoa.

Quanto à *personalidade* do réu, a acusação afirma que já foi processado por diversas vezes, fazendo do crime seu meio de vida e principal fonte de renda. Pontua que, mesmo tendo sido condenado por crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (com trânsito em julgado), voltou a praticar o mesmo crime, e a prática de três roubos com arma de fogo em cidades de pequeno porte, o que deve ser valorado negativamente.

Os argumentos não prosperam.

Verifico que as duas condenações transitadas em julgado do acusado foram devidamente consideradas na fixação de sua pena, uma a título de mau antecedente e outra como reincidência.

Outrossim, é vedada a valoração negativa de quaisquer registros do réu que não sejam condenações criminais com trânsito em julgado, ante o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e conforme direciona a Súmula 444 do c. STJ.

Além disso, é imprópria a asserção de que registros criminais denotam traço da personalidade do acusado, eis que, a rigor, não revelam característica psicológica que guarde relação de causalidade com os crimes cometidos.

No tocante às *circunstâncias do crime*, diz a acusação que, após o assalto, o réu saiu andando normalmente pela avenida da cidade, demonstrando audácia e destemor da gravidade dos crimes que acabara de cometer, devendo-se considerar o tamanho da população e a reduzida força policial, com um sistema de segurança precário, na fixação da pena.

A alegação também não deve ser acolhida.

Todas as testemunhas ouvidas não puderam informar de que forma o acusado se evadiu. Além disso, dado que o réu reside em Araçatuba/SP, não é extraordinário o fato de ter elegido cidade vizinha para cometer os crimes.

Assim, mantém-se a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Segunda fase: não há atenuantes.

Quanto às agravantes, mantém-se o reconhecimento da reincidência, tendo em vista a existência de uma condenação com trânsito em julgado, conforme mencionado na r. sentença, de modo que confirma-se a elevação em 1/6 da pena nesta fase.

Mantém-se a pena em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão nesta fase.

Terceira fase: não há causas de diminuição de pena.

Quanto às causas de aumento, requer a acusação o reconhecimento do concurso de agentes previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

O pedido não prospera.

Os indícios iniciais de que o acusado teria sido auxiliado por um indivíduo não se con-

firmaram com a instrução, tanto que a ausência de provas levou à absolvição do corréu Hélio Martins Ferrez.

Além disso, a causa de aumento em questão tampouco foi reconhecida na primeira sentença condenatória e do não reconhecimento o Ministério Público Federal não recorreu, o que igualmente exige a incidência do princípio *non reformatio in pejus*.

Confirmada a causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, com majoração em 1/3, mantém-se a pena-base em 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Quanto à pretensão da acusação de aplicação do art. 69 do Código Penal, esta não deve ser aceita.

Isso porque a primeira sentença não reconheceu o *concurso material de crimes* e contra esta matéria a acusação não se insurgiu, de forma que a questão se encontra sob a égide da *non reformatio in pejus*.

Mantém-se, portanto, a *continuidade delitiva* do artigo 71 do Código Penal, com agravamento da pena em 1/5 (um quinto).

Em suma, sem alterações na dosimetria, *mantém-se a pena privativa de liberdade do réu em 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão*.

No que concerne à *pena de multa*, verifica-se que a primeira sentença, anulada, condenou o acusado ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa. A segunda sentença, por outro lado, condenou-o ao pagamento de 369 (trezentos e sessenta e nove) dias-multa.

Novamente por força da *non reformatio in pejus*, *reduzo, de ofício, a pena de multa para o patamar originário, 27 (vinte e sete) dias-multa, cada qual arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato*.

Para a fixação do regime inicial para a pena privativa de liberdade, devem ser observados os seguintes fatores: espécie de pena de privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção (art. 33, *caput*, CP); quantidade de pena aplicada (art. 33, § 2º, alíneas a, b e c, CP); caracterização ou não da reincidência (art. 33, § 2º, alíneas b e c, CP) e circunstâncias do art. 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, CP).

Tendo em vista tratar-se de réu reincidente e diante do *quantum* da pena estabelecida, mantém-se o regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, a, do Código Penal.

Por fim, é incabível a *substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos* em crime de roubo, ante a expressa vedação legal prevista no art. 44, inc. I, do Código Penal.

Ante o exposto, *nego provimento* aos recursos de apelação interpostos pela acusação e pela defesa e, de ofício, reduzo a pena de multa aplicada, fixando a pena definitiva de *Fernando Alves dos Santos Fonseca em 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa*.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0001451-13.2011.4.03.6125

(2011.61.25.001451-7)

Apelantes: ADEMAR TENTE DA ROSA E DOUGLAS PORTO GUIMARÃES

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Classe do Processo: Ap. 66879

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2018

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, V, C.C. ARTIGO 3º DO DECRETO LEI N. 399/68 ART. 29, CP. ART. 183, DA LEI N. 9472/97. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

1. Autoria de materialidade restaram suficientemente demonstradas.

2. O réu afirmou ter ciência de que transportaria mercadoria oriunda do Paraguai desprovida de nota fiscal, tendo declarado, inclusive, que sabia que a mercadoria seria perdida caso o caminhão fosse parado em blitz policial e, por isso eram acompanhados por “batedor”.

Assim, o apelante conscientemente assentiu em transportar carga que sabia estar desacompanhada de documentação. Mesmo que se pudesse acreditar na versão de desconhecimento sobre tratar-se de cigarro ou que desconhecia a origem dos produtos, fica nítido o seu dolo na prática delitiva, na modalidade eventual, ou seja, na assunção plena do resultado.

3. Tampouco é crível a versão do corréu de que se deslocou mais de 4 horas, em atendimento ao pedido de um amigo, sem saber detalhes da empreitada, em veículo de terceiro cujo nome não soube declinar, especialmente quando se verifica a existência de rádio transceptor de seu automóvel e a declaração do condutor do caminhão de que ele seria aguardado na função de “batedor”.

3. Entre o de cumprimento de pena de condenação anterior e os fatos aqui tratados, transcorreu prazo inferior a 5(cinco) anos, o que caracteriza a reincidência e impede a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos.

5. Apelos defensivos 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 apelos defensivos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de APELAÇÕES CRIMINAIS interpostas por DOUGLAS PORTO GUIMARÃES e ADEMAR TENTE DA ROSA em face da sentença de fls. 547/556v, proferida pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP, que julgou procedente a pretensão punitiva veiculada na denúncia, para fins de:

a) condenar o réu ADEMAR TENTE DA ROSA como incurso nas sanções do artigo 334, *caput*, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, conforme acima explicitado;

b) condenar o réu DOUGLAS PORTO GUIMARÃES como incurso nas sanções do artigo 334, *caput*, do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, e pelo crime descrito no artigo 183 da Lei n. 9472/97, à pena de 2 (dois) anos de detenção e 10 dias-multa, em regime inicial aberto.

Em suas razões de recurso (fls. 568/570), ADEMAR TENTE DA ROSA requer sua absolvição e, alternativamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apela, também a defesa de DOUGLAS PORTO GUIMARÃES (fls. 583/585) e pleiteia sua absolvição.

Contrarrazões do Ministério Público Federal às fls. 588/592, pelo não provimento dos recursos defensivos.

Em parecer ministerial, a Exma. Procuradora Regional da República, Dra. Maria Silvia de Meira Luedemann, manifestou-se pelo não provimento do recurso de apelação (fls. 603/608).

É O RELATÓRIO.

À revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Do caso dos autos

ADEMAR TENTE DA ROSA e DOUGLAS PORTO GUIMARÃES foram denunciados como incurso nas penas dos artigos 334, *caput*, do Código Penal, c.c. art. 3º do Decreto Lei n. 399/68 e 29, do Código Penal. O corréu DOUGLAS foi denunciado ainda pela prática do delito previsto no artigo 183 da Lei n.9472/97.

A respeito dos fatos narrados na denúncia, consta o que segue:

(...)

Em 03 de março de 2010, no Auto Posto Cruzado em Santa Cruz do Rio Pardo, às 00:30h, ADEMAR TENTE DA ROSA, DOUGLAS PORTO GUIMARÃES, FABIANO BARBOSA SOUZA SALES e ADRIANO LEAL, previamente ajustados, todos agindo em concurso e com absoluta identidade de propósitos, iludiram o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadorias estrangeiras no território nacional.

Na ocasião, policiais militares foram requisitados afim de averiguar quatro indivíduos em atitude suspeita, que estariam conduzindo um caminhão FORD F4000 placas LVC-6535, DE Cabo Frio (RJ). Ao procederem à abordagem dos indivíduos identificaram no FIAT DOBLÔ

ADEMAR TENENTE DA ROSA e FABIANO BARBOSA SOUZA TELES, e na F4000 DOUGLAS PORTO GUIMARÃES e ADRIANO LEAL e, ao efetuarem vistoria no interior do caminhão, encontraram grande quantidade de pacotes de cigarros de procedência estrangeira, introduzidos de forma clandestina no país.

Por ocasião da abordagem inicial, ADEMAR tentou evadir-se do local, somente parando após ordem enérgica dos policiais.

Indagado acerca dos fatos, ADEMAR TENENTE DA ROSA pontuou que era na verdade motorista do caminhão F4000, contratado em Foz do Iguaçu/PR, por pessoa que não sabe o nome, para conduzir o caminhão recheado de cigarros até São Paulo/SP mediante paga de R\$500,00. ADRIANO também acompanhava ADEMAR na empreitada criminosa, atuando na manutenção mecânica da F4000 durante toda a prática delitiva. Pontua-se que ADEMAR confirmou que ADRIANO efetuara a manutenção da F4000 já no hotel em que fora contratado para a empreitada ilícita.

DOUGLAS e FABIANO atuavam como batedores da F4000 ocupando o FIAT DOBLÔ, veículo produto de roubo ocorrido no Rio de Janeiro, “clonado” e equipado com rádio transceptor sem autorização da ANATEL (fl. 79), restando evidente que prestavam apoio ao transporte clandestino dos cigarros e que não se tratavam de meros prestadores de serviços de mecânica. Os Autos de Infração e Termos de Apreensão e Guarda Fiscal n. 0811800/00104/10, acostados às fls. 133/141, constataram que as mercadorias apreendidas são de origem estrangeira, avaliadas em R\$10.422, 16 (dez mil quatrocentos e vinte e dois reais e dezesseis centavos), estiano-se os tributos iludidos em R\$32.340,01 (trinta e dois mil, trezentos e quarenta reais e um centavo).

(...) - fls. 229/230.

O feito foi desmembrado em relação aos denunciados Fabiano e Adriano (fls. 350/351).

Após regular prosseguimento do feito, a ação penal foi julgada procedente.

Apelam as defesas de Ademar Tente da Rosa e de Douglas Porto Guimarães.

Ausentes arguições preliminares, passo à análise do mérito recursal.

Do mérito recursal

Materialidade.

A materialidade do delito não foi objeto de irresignação e restou comprovada nos autos através do Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 09/12); Botelim de Ocorrência (fls. 13/16); Laudo Pericial de “exame de veículo terrestre” (fl. 55/63); Laudo de exame Documentoscópico - alteração documental (fl. 88/93); Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 109/110); Representação para fins penais (fls. 129/132). Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 133/142).

Autoria.

A defesa de ambos os réus pleiteia absolvição ao argumento de inexistência de provas de autoria. Não é o que se depreende do conjunto probatório dos autos.

Os policiais militares, Dorival Antonio Borges e Wagner Croco, que participaram da ocorrência que culminou com a prisão dos réus foram ouvidos nas fases inquisitorial e judicial.

Narraram que, no dia dos fatos, foi solicitada a presença de policiais no “Posto Cruzadão”, porque “pessoas suspeitas ali transitavam” (fl. 17). Chegando ao local, a equipe policial abordou Ademar Tente Rosa e Fabiano Barbosa, que estavam em um Fiat Doblô. Ademar tentou se evadir do local, mas parou após ordem policial. Perguntado, Ademar teria dito aos policiais que levaria a carga apreendida para São Paulo, em local ignorado.

Em juízo, os policiais narraram os fatos da mesma maneira (mídia de fls. 435).

O réu Ademar Tente da Rosa, inquirido perante a autoridade policial (fl. 21/22), disse ter sido contratado “por pessoa que não sabe nem o nome para dirigir o caminhão F4000 de Foz do Iguaçu/PR até São Paulo/SP (..) que conheceu Adriano (preso na mesma ocasião) no hotel onde fora contratado, mas que ele não estava junto de seu contratante (...) e salvo engano trabalha como mecânico, inclusive ressalta que na viagem em questão o caminhão quebrou em três oportunidade e Adriano o consertou”.

Em juízo (mídia de fl. 475), Ademar confirmou os fatos narrados na denúncia, mas alegou que não sabia que o caminhão estava carregado de cigarros. A carroceria estava coberta com uma lona e, por isso, não foi possível ver qual era a mercadoria no interior da carroceria.

Contou que amigos de Foz do Iguaçu indicaram a ele que uma pessoa, hospedada em um hotel próximo, queria contratar alguém para dirigir um caminhão com mercadorias até São Paulo. Chegando ao local foi recepcionado por Adriano.

Segundo o réu, o “rapaz do hotel”, que o contratou, disse que a mercadoria era “roupa, jaqueta e coisara”.

Perguntado, respondeu que “o Adriano já estava lá (no hotel), porque ele tinha arrumado o caminhão, mas não era dono do caminhão, nem da mercadoria, nem nada, ele apenas estava lá me esperando (...) ele viajou junto no caminhão (...) e chegando em São Paulo, ele que saberia o endereço de entrega, porque ele era de lá”.(sic)

Esclareceu que Adriano não sabia dirigir caminhão, tampouco tinha a habilitação necessária.

Disse que pegou o caminhão em Foz do Iguaçu, em um posto de gasolina na BR277, ao lado de uma oficina mecânica. Receberia R\$500,00 (quinhentos reais) quando a mercadoria fosse entregue, em São Paulo.

Acrescentou:

Na época eu estava desempregado, morava na favela, tudo, surgiu essa oportunidade de ganhar R\$500 e eu fui dirigir o caminhão (...) só sei fazer isso mesmo na vida, só o que sei fazer é dirigir.

De Foz foi um outro veículo (acompanhando o caminhão), mas aí fundiu o motor e por isso eu estava parado no posto de gasolina porque viria outro batedor me guiando até lá (São Paulo)... aí chegou este outro carro que era uma Doblô, que eu nem vi. Nunca vi nem a Doblô nem estes outros rapazes (...)

Aí estes dois ficaram discutindo lá entre eles e queriam falar com o rapaz que dirigia o carro que tinha quebrado. Ele tinha ficado uma cidade antes. Eu ia leva-los até lá e foi nessa hora que a polícia abordou a gente, por isso me pegou dentro da Doblô, porque eu ia acompanhar ele, não estava dirigindo a Doblô. Não cheguei nem a sair do posto.

O corréu Douglas Porto Guimarães, ouvido em sede policial, afirmou que, por ser mecânico, foi chamado por Adriano, para consertar um caminhão F4000, que estaria no Posto Cruzadão, em Santa Cruz do Rio Pardo. Disse ter convidado o amigo Fabiano para lhe acompanhar porque este, além de lhe ajudar esporadicamente em sua oficina, conhecia bem a estrada. Acrescentou que “não ia pagar nada para Fabiano e este viajava com o declarante por pura amizade”. Alegou que não sabia o que havia no caminhão, tampouco conhecia Ademar Tente da Rosa (fls. 27/28)

Douglas não foi ouvido em juízo, porque não encontrado no endereço declinado. Foi declarado revel, nos termos do artigo 367, do CPP (fl. 427).

Consideradas as provas carreadas aos autos, não merece acolhida o pleito de absolvição dos corréus, como requerem as defesas respectivas.

O réu ADEMAR afirmou em seus interrogatórios que tinha ciência de que transportaria mercadoria oriunda do Paraguai desprovida de nota fiscal, tendo declarado, inclusive, que sabia que a mercadoria seria perdida caso o caminhão fosse parado em blitz policial e, por isso eram acompanhados por “batedor”.

Assim, o apelante conscientemente assentiu em transportar carga que sabia estar desacompanhada de documentação. Mesmo que se pudesse acreditar na versão de desconhecimento sobre tratar-se de cigarro ou que desconhecia a origem dos produtos, fica nítido o seu dolo na prática delitiva, na modalidade eventual, ou seja, na assunção plena do resultado.

Como é cediço, existem duas modalidades de dolo, o dolo direto e o dolo eventual. O primeiro caracteriza-se com a real e consciente intenção do indivíduo em praticar a conduta descrita no tipo penal: o indivíduo sabe o que está fazendo e deseja realizar a conduta típica. Já o segundo verifica-se quando o sujeito, muito embora não desejando diretamente praticar a ação típica, assume o risco de praticá-la, incorrendo no tipo.

Logo, sob a égide, no mínimo, do dolo eventual, estão plenamente caracterizados os fatos típicos descritos na denúncia. Os elementos dos autos demonstraram que o réu, no mínimo, assumiu o risco de cometer tal delito, animado pelo dolo eventual.

Da mesma forma, quanto ao réu DOUGLAS, não é crível que tenha se encaminhado até outra cidade, em atendimento ao pedido de um amigo, sem saber detalhes da empreitada, especialmente quando se verifica a existência de rádio transceptor no automóvel que dirigia, a necessidade da companhia de outra pessoa “por pura amizade” (sic) em um deslocamento de mais de 4 horas, inclusive porque, conforme bem observado na sentença: “em Santa Cruz do Rio Pardo/SP ou em qualquer outro Município próximo daquele local, poderiam ser encontrados mecânicos habilitados para o conserto do veículo (...) também não é crível que tenha feito tal deslocamento utilizando-se de um veículo de terceira pessoa (que não soube declinar o nome completo ou endereço - fl. 27), com chassi adulterado e número de motor incompatível com a rede INFOSEG (fl. 58), portando documentos falsos e placa clonada, como se vê às fls. 92 e 96/103, vindo posteriormente a que se confirmar tratar-se de veículo furtado (fls. 189/193). Além de tudo isso, o veículo foi adrede preparado para servir na atividade de batedor, pois possuía um rádio transceptor FM oculto debaixo do console central do veículo (fl. 58). Tal rádio é usado, de praxe, pelos batedores para facilitar a comunicação com o veículo protegido. No caso concreto, tanto o carro dirigido por Douglas quanto o caminhão protegido por ele possuíam rádios de comunicação.”.

Some-se a isso, ainda, as informações trazidas pelo corréu ADEMAR de que, ao contrário do alegado por Douglas, o caminhão foi consertado por Adriano e que eles aguardavam no local (Posto Cruzadão) pela chegada do “outro batedor” (sic), que substituiria o primeiro, cujo motor do carro fundiu.

Ademar narrou ainda que os condutores do Fiat/Doblô, ao chegarem ao local onde eram aguardados, passaram a discutir entre si e quiseram ir até a cidade onde estava o anterior “batedor” do caminhão (condutor do veículo que os acompanhou no início do percurso de Foz do Iguaçu até Santa Cruz do Rio Pardo).

Assim, resta claro que Douglas também estava envolvido na empreitada delituosa.

Por todo o exposto, deve ser mantida a condenação dos acusados. Cumpre verificar a dosimetria da pena.

Da dosimetria da pena

Da leitura das razões recursais da defesa (fls. 568/570 e 583/585), observa-se que não houve pleito de redução da pena dos corréus, apenas quanto ao corréu Ademar Tente da Rosa foi pleiteada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A sentença guerreada assim dispôs:

No tocante à substituição das penas, não vejo presentes os requisitos dos incisos I, II e III, do artigo 44 do Código Penal, especialmente pelo fato de que o acusado é reincidente em crime doloso. Tal fato faz com que a substituição da pena não se revele suficiente para a reprimenda.

De fato, entre a data do cumprimento da pena da condenação anterior mencionada (05.09.2006 - fl. 546) e os fatos aqui tratados (03.03.2010), não decorreu período superior a cinco anos.

Logo, configurada a reincidência, incabível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por penas restritivas de direitos, como pleiteado.

Ante o exposto, *negou provimento aos recursos de apelação*, mantida a r. sentença de primeiro grau.

É O VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0003701-45.2011.4.03.6181

(2011.61.81.003701-3)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: Ap. 71000

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2018

EMENTA

PENAL. PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 241-A E 241-B, AMBOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO. PRECEDENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS ATINENTE AO CRIME INSCULPIDO NO ART. 241-B. RÉU CONDENADO EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO PELO ART. 241-A (TENDO HAVIDO A FORMAÇÃO DE COISA JULGADA). DOSIMETRIA.

- As condutas típicas insculpidas nos arts. 241-A e 241-B, ambos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, visam, a despeito de tutelarem nossas crianças e nossos adolescentes, coibir práticas por demais graves ocorrentes na sociedade que não se mostram necessariamente inseridas uma no bojo da outra, podendo, desta feita, ser cometidas em concomitância sem que haja a possibilidade de se reconhecer a ideia de que uma foi crime-meio para a prática criminosa fim.

- O art. 241-A pune, basicamente, a conduta daquele que compartilha (por meio das diversas formas descritas nos núcleos constantes do tipo penal), por qualquer meio, inclusive sistema de informática ou telemático, material pornográfico envolvendo criança ou adolescente ao passo que o art. 241-B almeja punir o armazenamento de material pornográfico no contexto envolvendo criança ou adolescente, não havendo, assim, confusão ou superposição entre as condutas imbricadas penalmente a permitir o reconhecimento da consunção.

- Ademais, o cometimento de uma das figuras típicas não gera necessariamente a perpetração da outra (donde se conclui a necessidade imperiosa do elemento volitivo, ou seja, de desígnios autônomos para a tipificação de cada qual) da mesma forma que, tendo sido levada a efeito aquela cujo apenamento é mais gravoso, não se nota relação de crime-meio X crime-fim a permitir o assentamento apenas da prática criminosa final, o que corrobora a impossibilidade de se reconhecer a absorção.

- Precedentes deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

- Compulsando os elementos fático-probatórios constantes destes autos, verifica-se que o acusado adentrou ao âmbito de incriminação do art. 241-B da Lei nº 8.069/1990, devendo, desta forma, ser condenado às penas do artigo em tela.

- Deve incidir na espécie a figura do concurso material de crimes (previsto no art. 69 do Código Penal) tendo em vista a atuação com desígnios autônomos pelo acusado e a diversidade dos materiais compartilhados (que ensejaram sua condenação em 1º grau

de jurisdição pela prática do crime elencado no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 03 anos de reclusão e de 10 dias-multa) e dos expedientes armazenados (objeto da presente condenação).

- Dado provimento ao recurso de Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (para condenar o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI pela prática do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 01 ano de reclusão e 10 dias-multas - cada qual no valor unitário mínimo vigente ao tempo dos fatos devidamente atualizado - procedendo-se com a unificação da reprimenda anteriormente mencionada com a que já lhe foi imposta em 1º grau de jurisdição pela perpetração do delito constante no art. 241-A do mesmo diploma, aplicando, para tanto, os termos do art. 69 do Código Penal).

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 de Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença de fls. 633/640vº, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia contra *Rodrigo Alencar Baldesserotti*.

Consoante denúncia, a partir de investigações realizadas pela Polícia Alemã (Polícia Criminal Estadual de Baden-Württemberg) e Polícia Federal brasileira, apurou-se que *Rodrigo Alencar Baldesserotti* (identificado como *item 153* da Operação Persertteppich - Tapete Persa) nos dias 18.10.2008, às 03:40 horas (GMT+2), 21.10.2008, às 02:20 horas (GMT+2), 25.10.2008 às 05:23 horas (GMT+2), 29.10.2008 às 03:24 horas (GMT+2), 20.10.2008 às 02:53 horas (GMT+2) e 30.10.2008 às 23:19 horas (GMT+2), utilizando os IP's 189.46.113.175, 201.26.64.180, 189.18.94.9, 189.46.197.24, 201.26.64.231 e 201.92.182.7, respectivamente, *disponibilizou* pela *internet* o vídeo com conteúdo pornográfico infantil "1.avi", através do programa eDonkey2000. Além disso, disponibilizou pelo menos 09 (nove) arquivos de vídeos de pornografia infantil, através do programa de compartilhamento Ares, no período entre 30.08.2010 e 28.06.2011, bem como *possuía e armazenava* pelo menos 20 (vinte) de igual conteúdo em seu computador.

O recebimento parcial da denúncia se deu em 17.12.2015. Decorridos mais de seis anos, a partir das datas dos fatos 18, 21, 25, 29 e 30 de outubro de 2008, reconhecida a prescrição punitiva estatal, pelo que recebida parcialmente a denúncia, restrita aos fatos imputados ao denunciado, ocorridos entre 30.08.2010 e 28.06.2011 (fls. 516/518).

Regularmente processado o feito, tornou-se pública a sentença em 28.10.2016 (fl. 641).

O i. Magistrado sentenciante julgou procedente o pedido formulado pela denúncia para condenar *Rodrigo Alencar Baldesserotti* à pena de 3 (três) anos de reclusão a ser cumprida

inicialmente em regime aberto e de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) de salário mínimo cada dia-multa, pela prática do crime previsto no art. 241-A da Lei 8.069/90, substituindo-a por duas restritivas de direito, consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública a ser definida pelo Juízo de Execução e que terá a mesma duração da pena corporal substituída, nos termos do art. 46 e §§ do Código Penal, e uma pena de prestação pecuniária consistente no pagamento de 1 (um) salário mínimo, em favor da entidade pública ou privada com destinação social, também designada pelo Juízo de Execuções Penais (art. 45, §1º do Código Penal) - fls. 633/640vº.

O Ministério Público Federal interpôs recurso. Irresigna-se quanto ao entendimento do i. Magistrado sentenciante de que o delito previsto no art. 241-B da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de acordo com o princípio de consunção, estaria absorvido pela tipificação no art. 241-A do mesmo Estatuto. Argumenta que o réu também deve ser responsabilizado criminalmente pela prática descrita no 241-B da referida lei (com redação dada pela Lei 11.829/08), posto que nem todos os arquivos relativos à pornografia infantil foram por ele disponibilizados para compartilhamento na *internet*. Dessa forma, as condutas “possuir” e “armazenar” do art. 241-B da aludida lei foram praticadas de forma autônoma pelo réu, que não necessariamente o fez com o intuito de disponibilizar o conteúdo para terceiros.

O réu renunciou ao direito de recorrer contra a condenação (fl. 654).

Certificou-se o trânsito em julgado da sentença para o réu em 05.02.2017 (fl. 655).

Contrarrazões apresentadas intempestivamente pelo réu (fls. 659/667).

Subiram os autos a esta Corte, manifestando-se a Procuradoria Regional da República pela inaplicabilidade do princípio da consunção ao caso dos autos e provimento da apelação (fls. 669/671vº).

É o relatório.

Sujeito à revisão, nos termos do inc. II do art. 34 do Regimento Interno, com redação dada pela Emenda Regimental nº 15, disponibilizada no DEJF3R de 16.03.2016, p. 08/11.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de feito no qual recorre o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da r. sentença que condenou o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI pela prática do crime previsto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos), restando substituída a pena corporal por duas reprimendas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública e prestação pecuniária no importe de 01 salário mínimo em favor da entidade pública ou privada com destinação social). Requer a acusação seja afastada a aplicação do princípio da absorção a fim de que o mencionado acusado também seja condenado pela perpetração da infração inculpada no art. 241-B de mencionado Diploma Normativo, fazendo incidir na espécie, ainda, o concurso material de infrações.

DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 241-A E 241-B, AMBOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO

Analizando o tema devolvido ao conhecido deste E. Tribunal Regional pelo manejo do recurso de Apelação aviado pelo *Parquet* federal, *mostra-se necessário o seu provimento para o fim de afastar a aplicação do postulado da absorção (assentado pelo MM. Juízo sentenciante) entre os delitos previstos nos arts. 241-A e 241-B, ambos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.*

Com efeito, as condutas típicas insculpidas nos artigos anteriormente declinados visam, a despeito de tutelarem nossas crianças e nossos adolescentes, coibir práticas por demais graves ocorrentes na sociedade que não se mostram necessariamente inseridas uma no bojo da outra, podendo, desta feita, ser cometidas em concomitância sem que haja a possibilidade de se reconhecer a ideia de que uma foi crime-meio para a prática criminosa fim.

Nesse contexto, o art. 241-A pune, basicamente, a conduta daquele que compartilha (por meio das diversas formas descritas nos núcleos constantes do tipo penal), por qualquer meio, inclusive sistema de informática ou telemático, material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (*Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente*) ao passo que o art. 241-B almeja punir o armazenamento de material pornográfico no contexto envolvendo criança ou adolescente (*Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente*), não havendo, assim, confusão ou superposição entre as condutas imbricadas penalmente a permitir o reconhecimento da consunção.

Ademais, importante ser destacado que o cometimento de uma das figuras típicas não gera necessariamente a perpetração da outra (donde se conclui a necessidade imperiosa do elemento volitivo, ou seja, de desígnios autônomos para a tipificação de cada qual) da mesma forma que, tendo sido levada a efeito aquela cujo apenamento é mais gravoso, não se nota relação de crime-meio X crime-fim a permitir o assentamento apenas da prática criminosa final, o que corrobora a impossibilidade de se reconhecer a absorção.

A propósito, a jurisprudência que se formou acerca do tema neste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região rechaça a incidência do postulado da consunção, conforme é possível ser visto das ementas que seguem:

PENAL. ARMAZENAMENTO E DIVULGAÇÃO DE MATERIAL CONTENDO CENAS PORNOGRÁFICAS ENVOLVENDO CRIANÇA E ADOLESCENTE. ARTS. 241-A E 241-B DA LEI N. 8.069/90. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. REVISÃO DAS PENAS-BASE. DELAÇÃO PREMIADA OU SUBSIDIARIAMENTE ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM FACE DA REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITUOSA DE DIVULGAÇÃO DE ARQUIVOS DE PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL. MANTIDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. RECURSO DO MPF DESPROVIDO. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.

(...)

2. Os delitos dos arts. 241-A e 241-B da Lei n. 8.069/90 são independentes, não se verificando subordinação a determinar a incidência do princípio da consunção. Por uma questão lógica, como o réu incorreu, efetivamente, nas duas figuras delitivas, já que praticou duas condutas diversas (armazenar e compartilhar), também não há que se falar em aplicação do concurso formal de crimes neste caso concreto.

(...)

(TRF3, QUINTA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 73393 - 0005050-71.2013.4.03.6130, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 19/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/06/2018) - destaque nosso.

DIREITO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. *PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL. LEI 8.069/90. ARTIGOS 241-A E 241-B. PROGRAMAS DE MENSAGENS. WHATSAPP. TELEGRAM. USO. USUÁRIOS ESTRANGEIROS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. CR, ARTIGO 109, V. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS. ABSORÇÃO DE CRIME. INOCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. ALTERAÇÕES. PENA. MAJORAÇÃO. RECURSO ACUSATÓRIO PROVIDO PARCIALMENTE. RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO.*

(...)

4. *Tese de absorção da conduta de armazenar arquivos de conteúdo pornográfico infanto-juvenil por aquela consistente em disponibilizá-los. Rejeição em concreto. Condutas autônomas, adotadas com desígnios diversos, não se vislumbrando relação tão-só de natureza “meio-fim” entre o armazenamento e a disponibilização. O réu tinha intuito específico de armazenar os arquivos, e não apenas o de disponibilizá-los (para isso necessitando de prévio armazenamento). Ademais, uma das condutas não esgotou seu potencial lesivo aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento na própria execução da outra. Condenação em concurso material mantida.*

(...)

(TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 75016 - 0003709-70.2017.4.03.6000, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 08/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/05/2018) - destaque nosso.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL VIA INTERNET. ARTIGOS 241-A E 241-B DA LEI 8.069/1990. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOLO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA EM PARTE. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA EM PARTE.*

(...)

3. *Na hipótese dos autos, com base na prova pericial obtida, não se mostra aplicável a absorção do delito de armazenamento (art. 241-B) pelo de disponibilização (art. 241-A). Restou suficientemente evidenciado o armazenamento no notebook do acusado de considerável quantidade de arquivos com conteúdo relacionado à pedofilia, tendo sido o armazenamento realizado em momento diverso do que foi feita a disponibilização desses arquivos na rede de compartilhamento. Desse modo, por se tratarem de atos delitivos praticados em momentos distintos, torna-se aplicável o concurso material entre os crimes do artigo 241-A (disponibilizar) e 241-B (armazenar), ambos da Lei nº 8.069/90.*

(...)

(TRF3, PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 49814 - 0001953-16.2010.4.03.6115, Rel. Des. Fed. WILSON ZAUHY, julgado em 28/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2017) - destaque nosso.

Desta forma, *deve ser afastada a absorção assentada no r. provimento judicial recorrido* pelos argumentos anteriormente declinados e, como consequência, imperiosa a análise do caso concreto acerca da comprovação de aspectos relativos à materialidade e à autoria delitivas atinentes ao crime previsto no art. 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por parte do acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI.

DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS

Conforme dito anteriormente, o art. 241-B da Lei nº 8.069/1990 almeja punir o armaze-

namento de material pornográfico no contexto envolvendo criança ou adolescente (*Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente*) e, nesse diapasão, compulsando os elementos fático-probatórios constantes destes autos, *verifica-se que o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI adentrou ao âmbito de incriminação de tal preceito legal*, devendo, desta forma, ser condenado às penas do artigo em tela.

Materialidade delitiva

Com efeito, no que concerne à *materialidade delitiva*, colhe-se do Laudo Pericial Criminal Federal nº 4832/2011 (colacionado às fls. 371/375) a realização de análise técnica em um disco rígido apreendido na casa do acusado quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão deferido judicialmente (marca ExcelStor, modelo J9250S, número de série T2A5HDC, capacidade nominal de 250 GB), oportunidade em que o expert, ao responder o quesito “b”, assentou que (...) *foram recuperados 03 (três) arquivos com imagens nas quais aparecem órgãos genitais e partes íntimas de indivíduos com idades compatíveis às de crianças e adolescentes, disponibilizados a partir da categoria “Imagens” da mídia óptica em anexo. Cabe ressaltar que estes arquivos foram recuperados a partir de áreas não utilizadas pelos arquivos diretamente acessíveis da mídia, normalmente ocupadas por arquivos apagados (...)* - fl. 373.

Por sua vez, afere-se do Laudo Pericial Criminal Federal nº 4833/2011 (colacionado às fls. 376/381), que teve como objeto de análise um disco rígido (marca Western Digital, modelo WD1600BEVT-60A23To, número de série WX61A20T9105, capacidade nominal de 160 GB) e um cartão de memória micro SD (marca SanDisk, capacidade nominal de 01 GB), ambos arrecadados quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão deferido judicialmente na casa em que morava o acusado, a recuperação de (...) *03 (três) arquivos de imagem contendo cena de sexo explícito ou pornográfica de indivíduos com idades compatíveis às de crianças ou adolescentes, disponibilizados a partir da categoria “Imagens recuperadas” da mídia óptica em anexo (...)* - fl. 378. Ressaltou o expert que (...) *estes arquivos foram recuperados a partir de áreas não utilizadas pelos arquivos diretamente acessíveis da mídia, normalmente ocupadas por arquivos apagados (...)* - fl. 378.

Sem prejuízo do exposto, ainda segundo o Laudo Pericial nº 4833/2011, (...) *foram encontrados 02 (dois) arquivos de vídeo contendo cena de sexo explícito ou pornográfica de indivíduos com idades compatíveis às de crianças ou adolescentes, disponibilizados a partir da categoria “Vídeos” da mídia óptica em anexo. Cabe ressaltar que o primeiro arquivo, de nome “(c-15)pthe - anal penetration 12yr girl-xvid.mp4”, foi localizado a partir da pasta “Users\HP\Documents\Any DVD Converter Professional\IPOD\” e possui em seu nome termos comumente relacionados a pornografia infantil, enquanto o segundo arquivo foi localizado em pasta de arquivos temporários da internet (...)* - fl. 378.

Por fim, elaborou-se, por força de diligência requerida pelo *Parquet* federal (fls. 412/416), Laudo Pericial Criminal Complementar (de nº 1338/2015), juntado às fls. 472/490 e 501, no qual foram analisados novamente os dois discos rígidos e o cartão de memória apreendidos (anteriormente identificados), oportunidade em que foram assentadas as seguintes conclusões (relevantes para fins de tipificação do crime do art. 241-B da Lei nº 8.069/1990, cabendo destacar que aspectos ínsitos ao delito do art. 241-A de tal legislação, pelo qual o acusado foi condenado em 1º grau de jurisdição tendo havido a formação de coisa julgada em seu desfavor - fl. 655 - não foram devolvidos ao conhecimento deste E. Tribunal Regional Federal):

(...) Conforme detalhado na seção III.2.1, foram recuperados nove vídeos contendo cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo indivíduo que aparenta ser criança ou adolescente, cujo hashes SHA1 foram identificados nos registros ativos ou recuperados de transferência do programa Ares (...) [material que permitiu a condenação do acusado pela prática do crime do art. 241-A do Estado da Criança e do Adolescente, que se encontra trânsito em julgado] *Além disso, foram identificados hashes SHA1 de noventa e oito arquivos de vídeo contendo cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo indivíduo que aparenta ser criança ou adolescente*, cuja data provável de obtenção, de acordo com os registros ativos e os recuperados, compreende-se entre 01/07/2009 e 08/03/2011, para o Material 3636/2011 [disco rígido com capacidade de 250 GB], e entre 16/05/2011 e 29/06/2011, para o Material 3637/2011 [disco rígido com capacidade de 160 GB e cartão de memória micros] (...) - fls. 483/484 - destaque nosso.

Assim, dentro do contexto ora exposto, nota-se, *a par do material que permitiu a tipificação de conduta levada a efeito pelo acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI na infração penal contida no art. 241-A da Lei nº 8.069/1990* (inclusive com trânsito em julgado - fl. 655), *a constatação da presença de 98 arquivos de vídeo contendo material pornográfico infanto-juvenil* que, a despeito de potencialmente não mais se encontrarem ativos para serem acessados pelo sistema operacional implantado nos suportes magnéticos em que gravados, foram armazenados (ilegal e indevidamente) nos *hardwares* apreendidos quando do cumprimento de diligência afeta ao mandado de busca e apreensão exarado judicialmente em desfavor da residência do acusado (tanto que, por meio de processo de extração forense, o *expert* conseguiu encontrá-los, o que reforça que em tempo pretérito - nas datas declinadas no laudo outrora mencionado - os arquivos efetivamente foram armazenados nos materiais periciados).

Importante ser ressaltado que o conteúdo dos laudos anteriormente discriminados restou sufragado pelo depoimento do perito da Polícia Federal que os elaborou, Sr. Daniel de Araújo Lima (termo de testemunha colacionado à fl. 600 c.c. mídia digital colacionada à fl. 603 - a partir de 01min20seg do arquivo digital). Sem prejuízo do mencionado, referida pessoa asseverou que os arquivos contendo material pornográfico infanto-juvenil foram armazenados em alguma oportunidade (vale dizer, em algum momento do passado) na justa medida em que o conteúdo deles estava presente nos materiais examinados, a despeito de não mais serem acessíveis por meio do Windows ao usuário (a partir de 16min40seg do arquivo digital juntado à fl. 603).

Desta feita, *comprovado o armazenamento de material afeto à pornografia infanto-juvenil a permitir o reconhecimento da materialidade delitiva ínsita à infração penal insculpida no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente*.

Autoria delitiva

Indo adiante, no que tange à *autoridade delitiva*, verifica-se que o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI, tanto em seu interrogatório policial (fl. 365) quanto em seu interrogatório judicial (fls. 601/602 e mídia digital colacionada à fl. 603), declinou fazer uso dos computadores que guarneciam a residência em que cumprido o mandado de busca e apreensão, destacando que sempre buscou muita pornografia adulta em tais periféricos (tema que será enfrentado oportunamente).

Desta feita, *resta evidenciada a autoria delitiva a recair sobre a pessoa do acusado em tela*, aspecto que pode, até mesmo, ser corroborado pelo que restou consignado pelo magistrado sentenciante quando da condenação imposta pelo cometimento do delito constante do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente não objeto de recurso por parte do acusado

RODRIGO (consigne-se, por oportuno, que tanto a pornografia infanto-juvenil compartilhada que ensejou a condenação como a ora em comento - armazenada - foram encontradas nos mesmos *hardwares* e o acusado não se insurgiu em relação ao édito penal colacionado às fls. 633/640):

(...) No que concerne à *autoria*, a linha telefônica identificada como ponto de partida pertencia à mãe do acusado e os microcomputadores apreendidos encontravam-se na residência do acusado, sendo que este era quem os utilizava. Conforme aduziu o próprio acusado em seu interrogatório, ele fazia uso dos microcomputadores e utilizava o programa de compartilhamento Ares para baixar arquivos de música e de pornografia adulta. Portanto, o réu admitiu a utilização do programa de compartilhamento Ares; no entanto, asseverou que o seu objetivo era baixar pornografia adulta (...) - excerto extraído da r. sentença - fls. 637v/638 - destaque no original.

Elemento subjetivo - atuação dolosa

Conforme salientado anteriormente, o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI apresentou versão (tanto em sede inquisitorial - fl. 365 - quanto em sede judicial - fls. 601/602 c.c. mídia digital acostada à fl. 603) para os fatos constantes dessa relação processual penal aduzindo ser contumaz apreciador de pornografia adulta tendo em vista sua idade (nascimento: 07 de setembro de 1989 - fl. 567), hormônios a flor da pele e descoberta da sexualidade (fl. 537). Desta feita, sustentou baixar muitos (inúmeros) vídeos de sexo, sem se atentar em perquirir seu conteúdo, e, posteriormente, ao visualizá-los, deparando-se com cenas envolvendo menores, os apagava (a partir de 01min30seg da mídia digital constante à fl. 603). Reforçou tal versão destacando que o programa Ares, utilizado na obtenção de tal material, apresentava vários critérios de busca, de modo que baixava todos os arquivos listados sem se atentar ao contexto em que as cenas sexuais eram veiculadas, procedendo, após checagem, com exclusão daqueles que não satisfazia seus desejos lascivos.

Assim, depreende-se dos autos a intenção do acusado em tentar demonstrar que atuava sem qualquer vontade livre e consciente em obter material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, o que, entretanto, chegava a ter contato em decorrência da contumaz vontade de consumir material pornográfico adulto. Todavia, *tal versão mostra-se inverossímil à luz do conjunto probatório amealhado nos autos*.

Com efeito, constata-se do Laudo Pericial Criminal Complementar (de nº 1338/2015), juntado às fls. 472/490 e 501, que o *expert* perquiriu no material apreendido quais os termos de busca lançados pelo acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI a fim de obter a então declinada “pornografia” (que, nos dizeres defensivos, seria apenas adulta). E, nesse proceder, ao invés de se deparar com expressões afetas a pornografia adulta, verificou-se o emprego de jargão próprio do mundo da pornografia infanto-juvenil - a propósito:

(...) A partir do programa Ares (versão 2.1.7.3041) instalado no Material 3637/2011 [software utilizado pelo acusado para obter a suposta pornografia adulta], foi consultada a lista de termos utilizados para buscas de arquivos, tendo sido identificadas as seguintes ocorrências *tipicamente associadas a conteúdo de pornografia infanto-juvenil*: “pthc”, “pthc new”, “pthc 2011”, “hussyfan 2011”, “hussyfan”, “pthc cum”, “pthc sound”, “pthc audio”, “pthc som”, “pedo audio”, “pthc 11”, “pthc forced”, “pedo rape”, “pthc complete”, “hussyfan audio”, “hussyfan complete”, “pthc hard”, “pedo”, “pthc family”, “pthc now”, “pthc 12” e “new pthc” (...) - fl. 476 - destaque nosso.

Sem prejuízo da constatação declinada acima, importante ressaltar, outrossim, que não foi destacada a presença nos materiais apreendidos e periciados de pornografia adulta (tal qual quer fazer crer o acusado em sua defesa), sendo de rigor mencionar que o *expert*, ao ser ouvido como testemunha (fl. 600 e mídia digital colacionada à fl. 603), foi assertivo em sustentar que teria indicado em seu laudo, acaso presente, o encontro de material pornográfico adulto (ao lado do envolto em pornografia infanto-juvenil), inclusive fazendo um cálculo proporcional de cada qual (a partir de 12min do arquivo digital, complementado por gravação a partir de 18min do mesmo arquivo digital).

Assim, como não se vislumbra qualquer menção nos três laudos periciais contidos nos cadernos processuais de material relativo à pornografia adulta (fls. 371/375, 376/381, 472/490 e 501), bem como ante o declinado pelo perito quando ouvido em sede de audiência de instrução e julgamento, *nota-se, extreme de dúvidas, que o objeto pesquisado pelo acusado era material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, donde se extrai o necessário dolo à tipificação de sua conduta no âmbito do art. 241-B da Lei nº 8.069/1990.*

Conclusão

Ante os argumentos anteriormente tecidos, *nota-se dos autos que o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI armazenou, de forma livre e consciente, cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo crianças e adolescentes, motivo pelo qual incorreu na figura típica prevista no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (incluída pela Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008) segundo a qual configura crime adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, devendo, assim, ser condenado.*

DA DOSIMETRIA DA PENA

Deve o magistrado, ao calcular a reprimenda a ser imposta ao réu, respeitar os ditames insculpidos no art. 68 do Código Penal, partindo da pena-base a ser aferida com supedâneo no art. 59 do mesmo Diploma, para, em seguida, incidir na espécie as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento de pena.

1ª etapa da dosimetria

As circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal não desabonam o acusado, motivo pelo qual *a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, 01 ano de reclusão.* Isso porque, a despeito do número de arquivos armazenados não ser frívolo (98 ao total), sua culpabilidade não extrapola a normalidade do cometimento do crime; não consta dos autos prova de maus antecedentes nem que desabonem sua conduta social ou sua personalidade; motivos, circunstâncias e consequências do crime normais à espécie.

2ª etapa da dosimetria

Nada a deliberar à míngua de agravantes e de atenuantes.

3ª etapa da dosimetria

Nada a deliberar à míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Pena definitiva

Resta imposta ao acusado a pena definitiva, pela prática do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, de *01 ano de reclusão.* Pena de multa fixada em *10 dias-multa* (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos devidamente atualizado).

Unificação das reprimendas - aplicação do critério do cúmulo material (art. 69 do Código Penal)

Lançando mão da figura do concurso material de crimes (previsto no art. 69 do Código Penal), bem como tendo em vista a atuação com designíos autônomos pelo acusado e a diversidade dos materiais compartilhados (que ensejaram condenação em 1º grau de jurisdição pela prática do crime elencado no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 03 anos de reclusão e de 10 dias-multa) e dos expedientes armazenados (objeto da presente condenação), chega-se à *pena unificada* na casa de *04 anos de reclusão e 20 dias-multa* (cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos devidamente atualizado).

Regime inicial de cumprimento e substituição por reprimendas restritivas de direito

A teor do disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da reprimenda ora fixada deverá ser o *ABERTO*. Ademais, ante o preenchimento dos requisitos constantes do art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por 02 reprimendas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviços à comunidade (pelo mesmo lapso de pena corporal e nos termos do disposto no art. 46 do Código Penal) e prestação pecuniária (fixada em 05 salários mínimos a ser destinada a entidade social, atendendo o art. 45, § 1º, do Código Penal, uma vez que a União é sempre vítima estanque de todo e qualquer delito e o encaminhamento sistemático a ela faria com que as demais hipóteses do artigo mencionado jamais tivessem aplicação - a destinação da prestação pecuniária ora determinada alcança fins sociais precípuos que o Direito Penal visa atingir, de maneira eficaz e objetiva).

DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Acerca da possibilidade de execução provisória da pena, deve prevalecer o entendimento adotado pelo C. Supremo Tribunal Federal que, ao reinterpretar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) e o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, pronunciou-se no sentido de que não há óbice ao início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, desde que esgotados os recursos cabíveis perante as instâncias ordinárias.

Assim, exauridos os recursos cabíveis perante esta Corte, mesmo que ainda pendente o julgamento de recursos interpostos perante as Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), deve ser expedida *Carta de Sentença*, bem como *comunicação ao juízo de origem*, a fim de que se inicie, provisoriamente, a execução da pena imposta por meio de acórdão condenatório exarado em sede de Apelação. Em havendo o trânsito em julgado, hipótese em que a execução será definitiva, ou no caso de já ter sido expedida guia provisória de execução, tornam-se desnecessárias tais providências.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *DAR PROVIMENTO ao recurso de Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* (para condenar o acusado RODRIGO ALENCAR BALDESSEROTTI pela prática do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente às penas de 01 ano de reclusão e 10 dias-multas - cada qual no valor unitário mínimo vigente ao tempo dos fatos devidamente atualizado - procedendo-se com a unificação da reprimenda anteriormente mencionada com a que já lhe foi imposta em 1º grau de jurisdição pela perpetração do delito constante no art. 241-A do mesmo diploma, aplicando, para tanto, os termos do art. 69 do Código Penal), nos termos anteriormente expendidos.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0007389-97.2016.4.03.6000
(2016.60.00.007389-7)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA
 Apelados: OS MESMOS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
 Classe do Processo: Ap. 75450
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 304 C/C 297, CP. ALTERAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO VERDADEIRO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 545 DO STJ. REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO. APELOS IMPROVIDOS.

O Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS condenou o réu como incurso nas sanções do art. 304 c/c 297 do CP, pois, em 02/08/2015, dolosamente, fez uso de Carteira Nacional de Habilitação falsa perante policiais rodoviários federais na Rodovia BR 262, altura do km 352.

Conforme o laudo pericial, a carteira nacional de habilitação, espelho nº 688269441, registro nº 00545916742 foi adulterada, mediante a substituição da impressão original dos dados identificadores pelos aparentes.

Houve a falsificação material de documento público verdadeiro, mediante alteração, nos termos do art. 297 do CP, tendo havido a retirada da impressão primitiva de suporte autêntico, com a posterior inserção de informações falsas.

Materialidade, autoria e dolo comprovados.

Dosimetria. A culpabilidade é normal à espécie delitiva, pois a alteração de documento público verdadeiro constitui elementar do próprio tipo, não podendo ser levada em consideração para exasperação da pena-base. Ademais, a prévia aquisição do documento falso é o meio necessário para a prática do delito e a suposta participação de funcionário pertencente aos quadros do DETRAN sequer restou comprovada nos autos. A confissão do acusado na fase de inquérito foi utilizada na motivação exposta pelo Juízo sentenciante, o que acarreta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CO, nos moldes da Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça.

A confissão após a prisão em flagrante não afasta o reconhecimento da circunstância atenuante, direito subjetivo do réu que admite os fatos espontaneamente, inclusive porque utilizada para a formação do convencimento do julgador.

O *quantum* da pena definitivamente imposta (2 anos de reclusão) e a não configuração da reincidência impõem a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §2º, c, do CP, que, aliás, foi citado pelo magistrado na sentença.

Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e, de ofício, destinada a prestação pecuniária à União Federal.

Determinada a execução provisória da pena.

Apelos improvidos. De ofício, fixado o regime inicial aberto e destinada a prestação pecuniária à União Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos recursos do Ministério Público Federal e da defesa de João Cesar Rocha de Oliveira e, de ofício, fixar o regime inicial aberto, nos termos do voto do Des. Fed. Relator; prosseguindo, a Turma, por maioria, decidiu, também de ofício, destinar a prestação pecuniária em favor da União Federal, nos termos do voto do Des. Fed. Relator, com quem votou o Des. Fed. Nino Toldo, vencido o Des. Fed. Fausto De Sanctis, que mantinha a destinação da prestação pecuniária tal como estabelecida na sentença.

São Paulo, 03 de julho de 2018.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e por JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA em face da sentença de fls. 166/169v, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297, ambos do CP.

Narra a denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual (fls. 02/04):

Consta dos autos que, na data de 02 de agosto de 2015, por volta das 20h10min, na rodovia BR 262, km 352, zona rural de Campo Grande/MS, o denunciado JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA fez uso de documento público falso, consistente em uma Carteira Nacional de Habilitação em seu nome.

Conforme se apurou nos autos, o denunciado conduzia o veículo Ford/Scort, placas AEB-6445, pelo local supracitado, quando foi parado por policiais rodoviários federais que realizavam fiscalização de rotina no momento. Assim, os PRFs Alessio Ferreira Severino e Walter Nascimento Vieira solicitaram ao condutor sua CNH e os documentos do veículo, momento em que João Cesar apresentou o documento falso (CNH).

A falsidade foi constatada pelos policiais em razão de não obterem resultado quando da consulta ao número da Carteira Nacional de Habilitação em nome do denunciado no sistema SERPRO/INFOSEG, sendo que ao tentarem consultar pelo CPF de João Cesar, restou apurado que não existe registro de CNH em nome deste.

Interrogado à fl. 06, o denunciado confessou a prática do crime, informando ainda que “comprou” a CNH em uma autoescola da cidade de Sidrolândia/MS, pelo valor de R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

[...] Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia João Cesar Rocha de Oliveira como incurso nas penas do art. 304, *caput*, remetido às penas do art. 297 do Código Penal.

A denúncia foi recebida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campo Grande, em 13/08/2015 (fls. 44/45).

Declínio de competência, às fls. 133/134.

O Ministério Público Federal ratificou a denúncia ofertada pelo *Parquet* Estadual, complementada pelo laudo de fls. 76/80 (fl. 138v).

Em 10/10/2016, o Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS ratificou os atos processuais, inclusive o recebimento da denúncia, à exceção do interrogatório do acusado (fls. 139/139v).

Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença de fls. 166/169v, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 dias multa, no valor unitário mínimo legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

O réu foi condenado ao pagamento das custas processuais, nos termos do art. 98 do Novo Código de Processo Civil.

A sentença foi publicada em 31/10/2017 (fl. 170).

O Ministério Público Federal interpôs apelação, objetivando o aumento da pena-base em razão da culpabilidade, uma vez que o réu obteve a CNH falsa com o auxílio de pessoa ligada ao Departamento de Trânsito, além do que, o suporte do documento era autêntico. Pretende, ainda, o afastamento da circunstância atenuante, pois o acusado foi preso em flagrante e a confissão em nada contribuiu para o deslinde dos fatos (fls. 171 e 174/175v).

Contrarrazões apresentadas pela defesa, às fls. 176/179, manifestando-se pelo desproimento do recurso.

A defesa interpôs apelação à fl. 172. Em razões recursais, pleiteia a desclassificação para o delito do art. 304 c/c 299 do CP. Alega que foram inseridas informações falsas em documento materialmente verdadeiro (fls. 176/179).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, às fls. 180/182, pelo não provimento do recurso da defesa.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo desproimento das apelações (fls. 184/188).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos e passo ao exame de mérito.

Dos fatos

O Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS condenou JOÃO CESAR ROCHA DE OLIVEIRA como incurso nas sanções do art. 304 c/c 297 do CP, pois, em 02/08/2015, dolosamente, fez uso de Carteira Nacional de Habilitação falsa perante policiais rodoviários federais na Rodovia BR 262, altura do km 352.

Da materialidade

A materialidade da infração penal descrita no artigo 304 c/c artigo 297 do Código Penal está comprovada através do auto de prisão em flagrante (fls. 06/06v), prova testemunhal produzida na fase investigativa e em juízo (fls. 07, 09, 10, 122, 133/134), auto de exibição e apreensão (fl. 24), laudo pericial nº 118.806 (fls. 76/80) e carteira nacional de habilitação nº

de registro 00545916742, data de validade 29/01/2019, categoria AE (fl. 145).

De acordo com o laudo pericial, a carteira nacional de habilitação em nome de João Cesar Rocha de Oliveira, espelho nº 688269441, registro nº 00545916742 foi adulterada, mediante a substituição da impressão original dos dados identificadores pelos aparentes. Segundo os peritos, foram constatados 1) presença de película adesiva transparente, com característica divergente do padrão; 2) impressão divergente dos padrões no campo destinado à fotografia e ao preenchimento de dados; 3) retirada de parte do fundo numismático e das microletras e remanescente da impressão primitiva.

Em seu apelo, a defesa pretende a desclassificação para o delito previsto no art. 304 c/c 299 do CP, alegando que houve inserção de informações falsas em documento verdadeiro.

O pleito não comporta acolhimento.

No caso concreto, houve a falsificação material de documento público verdadeiro, mediante alteração, nos termos do art. 297 do CP, tendo havido a retirada da impressão primitiva de suporte autêntico, com a posterior inserção de informações falsas.

Estando demonstrada a materialidade delitiva, passo ao exame da autoria e do dolo.

Da autoria e do dolo

O apelante foi preso em flagrante por fazer uso de CNH falsificada em fiscalização realizada por policiais rodoviários federais.

De acordo com as declarações prestadas na fase inquisitorial pelas testemunhas Alessio Ferreira Severino e Walter Nascimento Vieira (policiais rodoviários federais), durante fiscalização na rodovia BR 262, solicitaram os documentos do acusado, que lhes apresentou uma CNH e o CRLV do automóvel. Em consulta ao sistema, constataram que não havia registro da CNH (fls. 06 e 09).

Em juízo, Alessio inicialmente disse não se recordar dos fatos, mas em seguida confirmou que a CNH apresentada pelo réu não estava registrada no sistema Serpro/Infoseg. Walter, por sua vez, confirmou as declarações prestadas na fase extrajudicial (fl. 134 e mídia digital à contracapa).

Na fase investigativa, o acusado confessou a prática delitiva e acrescentou que obteve o documento falso pela quantia de R\$1.500,00, através de um indivíduo chamado Fabio, do DETRAN de Campo Grande (fl. 10). Já em seu interrogatório judicial, o denunciado afirmou que sua CNH foi adquirida através de uma autoescola em Sidrolândia, por R\$2.500,00. Afirmou que não fez aulas, mas acreditava na autenticidade do documento (fl. 122).

Embora tenha mudado parcialmente sua versão ao ser interrogado em Juízo, as provas demonstram que João César conhecia da falsidade documental e tinha plena consciência disso ao apresentar o documento. O modo como o réu obteve a CNH evidencia o seu conhecimento quanto à inautenticidade.

Estando demonstrados o dolo, a autoria e a materialidade delitiva, mantenho a condenação de João Cesar Rocha de Oliveira pelo cometimento do delito previsto no artigo 304 c/c artigo 297 do Código Penal.

Da dosimetria

Assim foi realizada a dosimetria pelo magistrado sentenciante (fls. 168/169v):

na primeira fase de aplicação da pena, da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do CP, infere-se que: a) a culpabilidade insere-se em grau normal à espécie; b) o acusado não registra maus antecedentes; c) nada a ponderar em relação às consequências do

crime; d) *em relação às circunstâncias, valoro negativamente, especialmente em razão do porte da carteira nacional de habilitação falsa na categoria AE, que permitiria ao acusado a condução de veículos de grande porte, causando maior risco à segurança pública*; e) o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito; f) quanto aos motivos, entendo que tal circunstância repercute de forma neutra, já que não escapa do que corriqueiramente motiva os delitos desse tipo; g) não há elementos nos autos para aferir a personalidade do agente, que fica desconsiderada; h) não há falar em comportamento da vítima.

PENA-BASE

Em obediência aos critérios fixados no art. 59 do CP, considerando a existência de uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base no patamar de *2 anos e 4 meses de reclusão e 14 dias multa*.

CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

Ausentes agravantes. Afasto a incidência *da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), pois que utilizada na fundamentação (Súmula 545 do STJ). Entretanto, como a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal nesta fase da dosimetria (Súmula 231 do STJ), fixo-a em 2 anos de reclusão e 10 dias multa*.

CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO

Inexistem causas de aumento ou diminuição, motivo pelo qual fixo a pena definitiva em *2 anos de reclusão e 10 dias multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, a serem atualizados na execução penal, considerando que o acusado declarou trabalhar como mecânico - grifei*.

1ª fase

O Ministério Público Federal pleiteia a exasperação da pena-base em razão da culpabilidade. Segundo o Parquet, o denunciado obteve a CNH falsa com o auxílio de pessoa ligada ao Departamento de Trânsito e de um indivíduo chamado Marcelo, sendo que, “embora o réu responda pelo uso de documento falso, não se pode ignorar a precedente conduta confessa do acusado em adquirir tal documento”. Além disso, assevera que o suporte do documento era autêntico, o que revelaria a culpabilidade acentuada.

A culpabilidade é normal à espécie delitiva, pois a alteração de documento público verdadeiro constitui elemento do próprio tipo, não podendo ser levada em consideração para exasperação da pena-base. Ademais, a prévia aquisição do documento falso é o meio necessário para a prática do delito, razão pela qual não conduz ao aumento da pena, por não extrapolar o ordinário em crimes dessa espécie. Outrossim, a participação de funcionário pertencente aos quadros do DETRAN sequer restou comprovada nos autos.

Dessa forma, mantenho a pena-base nos termos em que fixada na sentença, uma vez que devidamente fundamentada a exasperação.

2ª fase

O órgão acusatório pretende o afastamento da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, pois o réu foi preso em flagrante e a confissão em nada contribuiu para o deslinde dos fatos. Além do que, sustenta que, em juízo, o acusado negou a prática delitiva.

A confissão do acusado na fase de inquérito foi utilizada na motivação exposta pelo Juízo sentenciante, o que acarreta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CO, nos moldes da Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve: “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”.

Ademais, o fato de o agente confessar após a prisão em flagrante não afasta o reconhecimento da circunstância atenuante, direito subjetivo do réu que admite os fatos espon-

taneamente, inclusive porque utilizada para a formação do convencimento do julgador (HC 201101961468, VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 22/02/2012).

Mantenho, portanto, a pena intermediária em 2 anos de reclusão e 10 dias multa.

3ª fase

Não há causas de diminuição e de aumento, de modo que a pena resta definitivamente fixada em 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias multa, no valor mínimo legal.

Do regime inicial

O Juízo *a quo* fixou o regime inicial semiaberto. Confira-se:

A Lei nº 12.736/2012, em seu art. 1º, previu que a detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória [...]. Demais disso, incluiu o §2º ao art. 387 do CPP, determinando que o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Em observância a estas disposições, levo em consideração o fato de o acusado ter permanecido preso de 2.8.2015 a 11.9.2015 (f.6, 67 e 72), em razão da prática deste delito, para considerar como tempo de prisão provisória 1 mês e 10 dias de reclusão, para fins de detração.

Fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, §2º, c, do CP).

Nesse ponto, a sentença merece ser corrigida, de ofício.

O *quantum* da pena definitivamente imposta (2 anos de reclusão) e a não configuração da reincidência impõem a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §2º, c, do CP, que, aliás, foi citado pelo magistrado na sentença.

Note-se que o Juízo de origem sequer mencionou a existência de uma circunstância judicial desfavorável para fixar o regime prisional intermediário, o que também não pode ser levado em consideração por esta Corte, diante da proibição da *reformatio in pejus*.

Na verdade, o que se observa é a completa falta de fundamentação para fixação do regime semiaberto.

Assim, de ofício, fixo o regime inicial aberto, nos moldes do art. 33, §2º, “c” e §3º do CP.

Da substituição da pena privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor equivalente a 01 salário mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social, que, *de ofício*, destino à União Federal.

Da 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 depois de 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 reinterpreto 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 e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu, sendo dispensadas tais providências em caso de trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.

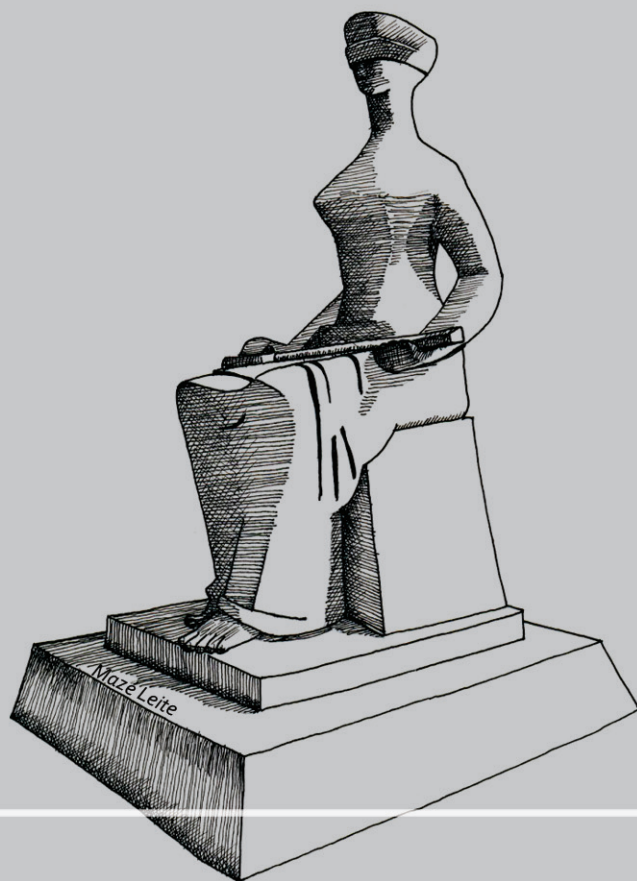
Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento aos recursos do Ministério Público Federal e da defesa de João Cesar Rocha de Oliveira e, de ofício, fixo o regime inicial aberto e destino a prestação pecuniária em favor da União Federal.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



EMBARGOS INFRINGENTES

0005859-70.2003.4.03.0000

(2003.03.00.005859-1)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: JOSÉ CÂNDIDO DA SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: EI 2783

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. PERTÍODO ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. CONTAGEM RECÍPROCA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO. RECOLHIMENTOS DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O sistema recursal do CPC/2015 somente se aplica em face das decisões/acórdãos publicados sob sua égide, permanecendo as anteriores sujeitas às normas do CPC/1973. A propósito, o Novo CPC dispõe (art. 14) que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

2. O âmbito de cognição dos embargos de infringentes é a divergência estabelecida pelo voto vencido, devendo as razões dos embargos limitar-se à divergência, visando a prevalência desta. A divergência no julgado se deu quanto a necessidade de indenização das contribuições previdenciárias referentes ao período de labor rural exercido anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91 como condição para a expedição da certidão de tempo de contribuição respectiva, por se tratar de pedido objetivando a contagem recíproca do tempo de serviço rural referido, não se afigurando suficiente a mera ressalva aposta no documento acerca da ausência de tais recolhimentos.

3. O artigo 201, § 9º, da Constituição Federal, possibilita a contagem recíproca. Contudo, exige uma compensação financeira entre os regimes de previdência social. Vale dizer, em princípio, é exigível a comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais devidas nas épocas próprias ou, na sua ausência, a indenização dos valores correspondentes ao período que se quer computar, nesta última hipótese conforme o disposto no artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

4. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, com efeito, no julgamento da ADIN nº 1.664-o/UF, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, assentou "(...) parece lícito extrair que, para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando - diante desse explícito requisito constitucional - que de contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição".

5. Referida compensação financeira, operada entre o Regime Geral da Previdência Social e o da Administração Pública, faz-se necessária, uma vez que na contagem recíproca o benefício concedido resulta do aproveitamento de tempos de serviço prestados

em regime previdenciários distintos, a ser pago pelo sistema a que o segurado estiver vinculado quando de seu requerimento. Não obstante, é dever da autarquia expedir a respectiva certidão de tempo de serviço, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondente, uma vez que o direito à expedição de certidão é assegurado a todos, na forma do artigo 5º, XXXIV, “b”, da Constituição da República. À pessoa jurídica de direito público a que vinculada o servidor, no momento de instituir eventual benefício em seu favor, cumprirá condicionar o cômputo do período de labor rural à indenização a que se refere a legislação previdenciária, para fins de contagem recíproca.

6. Segundo a tese jurídica firmada pelo STJ, no julgamento do REsp 1682678/SP (Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018): “O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rurícola em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador, para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991”.

7. Em suma: a certidão de tempo de serviço para fins de contagem recíproca pode ser expedida, sem a necessidade de comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais devidas nas épocas próprias ou, na sua ausência, a indenização dos valores correspondentes ao período que se quer computar, bastando o INSS fazer constar a advertência quanto a ausência do referido pagamento. Precedentes da Terceira Seção: TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 1137 - 0029603-02.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA, julgado em 24/10/2007, DJU DATA:19/12/2007 PÁGINA: 403; TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 1360 - 0065507-83.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, julgado em 22/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/06/2014.

8. Embargos infringentes não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO

SOCIAL - INSS em face de acórdão da 3ª Seção desta Corte, que, por maioria de votos, negou provimento ao agravo legal, interposto em face da decisão monocrática terminativa, proferida pelo Des. Fed. ROBERTO HADDAD, que julgou parcialmente procedente a ação rescisória, para rescindir em parte o v. acórdão combatido e, no Juízo rescisório, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na lide originária para condenar o INSS a reconhecer o tempo de serviço rural no período de 01/05/1962 a 14/08/1973, bem como a expedir a competente certidão, facultando consignar a falta de recolhimento das contribuições ou a necessidade de indenização, para fins de contagem recíproca.

Pretende a autarquia a prevalência do voto vencido, da lavra da Des. Fed. THEREZINHA CAZERTA, que dava provimento ao agravo para, em sede de juízo rescisório, no re julgamento da causa, reconhecer a parcial procedência do pedido originário em extensão diversa, condicionando a expedição da certidão de tempo de serviço para fins de contagem recíproca ao pagamento da indenização correspondente ao recolhimento das contribuições devidas.

Sustenta que é imprescindível a comprovação do recolhimento das contribuições sociais devidas, ou a indenização do período, para que o recorrido possa ver computado, para fins de contagem recíproca, mediante a expedição da competente certidão, o período anterior a 24.07.1991, que exerceu atividade rural, conforme preceituado pelos artigos 202, § 2º (atualmente 201, § 9º), da Constituição Federal, 55, parágrafos 1º e 2º, 94 e 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

Os embargos infringentes foram recebidos, consignando-se a ausência de contrarrazões (fl. 204).

O d. representante do MPF ofereceu parecer às fls. 207-211, opinando pelo provimento dos embargos infringentes, para que prevaleça o voto vencido.

À fl. 216, foi determinada a suspensão do feito, tendo em vista a instauração, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, de incidente de julgamento de recursos repetitivos versando sobre a questão tratado nos autos.

Em consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, verifico que, em 25.04.2018 (acórdão publicado em 30.04.2018), o STJ julgou o caso paradigma (Tema 609), cessando a suspensão dos processos.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 34 do Regimento Interno, com a redação da Emenda Regimental nº 15/16.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

O sistema recursal do CPC/2015 somente se aplica em face das decisões/acórdãos publicados sob sua égide, permanecendo as anteriores sujeitas às normas do CPC/1973. A propósito, o Novo CPC dispõe (art. 14) que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

De acordo com o artigo 530, do CPC/1973, na redação dada pela Lei nº 10.352/2001, são cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.

O âmbito de cognição dos embargos de infringentes, vale sublinhar, é a divergência estabelecida pelo voto vencido, devendo as razões dos embargos limitar-se à divergência, visando a prevalência desta.

Conforme observa ARAKEN DE ASSIS (“Manual dos Recursos”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 562), “O cabimento dos embargos infringentes exhibe a notável particularidade de se basear no voto vencido. Resulta daí a necessária inferência de que a extensão máxima da devolução, a via mais ou menos larga confiada à disposição do vencido, apura-se pela diferença entre a decisão da maioria e a solução adotada no voto vencido”.

Conforme registrado, a divergência no julgado se deu quanto a necessidade de indenização das contribuições previdenciárias referentes ao período de labor rural exercido anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91 como condição para a expedição da certidão de tempo de contribuição respectiva, por se tratar de pedido objetivando a contagem recíproca do tempo de serviço rural referido, não se afigurando suficiente a mera ressalva aposta no documento acerca da ausência de tais recolhimentos.

Com relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias, dispõe o artigo 201, § 9º, da Constituição Federal que, “para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei”.

Conforme referido pelo INSS, o embargado é funcionário público estadual filiado a regime previdenciário próprio. Nessa esteira, impõe-se a análise das questões relativas à contagem recíproca e à expedição de certidão de tempo de serviço.

O dispositivo constitucional, indubitavelmente, possibilita a contagem recíproca. Contudo, exige uma compensação financeira entre os regimes de previdência social. Vale dizer, em princípio, é exigível a comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais devidas nas épocas próprias ou, na sua ausência, a indenização dos valores correspondentes ao período que se quer computar, nesta última hipótese conforme o disposto no artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, no julgamento da ADIN nº 1.664-o/UF, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, assentou “(...) parece lícito extrair que, para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando - diante desse explícito requisito constitucional - que de contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição”.

Cumprir registrar, sem que constitua demasia, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp Nº 1.682.678/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou-se no sentido de que “O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rural em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador, para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada

conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991”. A propósito, confira-se o acórdão prolatado pela Corte Superior:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. CONTAGEM RECÍPROCA. SERVIDOR PÚBLICO. TRABALHO RURÍCOLA PRESTADO EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 8.213/1991. DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO. CABIMENTO. CÔMPUTO DO TEMPO PARA CONTAGEM RECÍPROCA. EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES NA FORMA PREVISTA PELO ART. 96, IV, DA LEI N. 8.213/1991. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEGUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. Na situação em exame, os dispositivos legais cuja aplicação é questionada nos cinco recursos especiais, com a tramitação que se dá pela sistemática dos repetitivos (REsps 1.676.865/RS, 1.682.671/SP, 1.682.672/SP, 1.682.678/SP e 1.682.682/SP), terão sua resolução efetivada de forma conjunta.

2. Não se pode conhecer da insurgência na parte em que pleiteia o exame de matéria constitucional, sob pena de, assim procedendo, esta Corte usurpar a competência do STF.

3. Reconhecido o tempo de serviço rural, não pode o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS se recusar a cumprir seu dever de expedir a certidão de tempo de serviço. O direito à certidão simplesmente atesta a ocorrência de um fato, seja decorrente de um processo judicial (justificação judicial), seja por força de justificação de tempo de serviço efetivada na via administrativa, sendo questão diversa o efeito que essa certidão terá para a esfera jurídica do segurado.

4. Na forma da jurisprudência consolidada do STJ, “nas hipóteses em que o servidor público busca a contagem de tempo de serviço prestado como trabalhador rural para fins de contagem recíproca, é preciso recolher as contribuições previdenciárias pertinentes que se buscam averbar, em razão do disposto nos arts. 94 e 96, IV, da Lei 8.213/1991” (REsp 1.579.060/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 30/5/2016).

5. Descabe falar em contradição do art. 96, IV, com o disposto pelo art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, visto que são coisas absolutamente diversas: o art. 96, IV, relaciona-se às regras da contagem recíproca de tempo de serviço, que se dá no concernente a regimes diferenciados de aposentadoria; o art. 55 refere-se às regras em si para concessão de aposentadoria por tempo de serviço dentro do mesmo regime, ou seja, o Regime Geral da Previdência Social.

6. É descabido o argumento trazido pelo amicus curiae de que a previsão contida no art. 15, I e II, da Lei Complementar n. 11/1971, quando já previa a obrigatoriedade de contribuição previdenciária, desfaz a premissa de que o tempo de serviço rurícola anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991 não seria contributivo. É que a contribuição prevista no citado dispositivo legal se reporta a uma das fontes de custeio da Previdência Social, cuja origem decorre das contribuições previdenciárias de patrocinadores, que não os próprios segurados. Ora, acolher tal argumento significaria dizer que, quanto aos demais benefícios do RGPS, por existirem outras fontes de custeio (inclusive receitas derivadas de concursos de prognósticos), o sistema já seria contributivo em si, independentemente das contribuições obrigatórias por parte dos segurados.

7. Não se há de falar em discriminação entre o servidor público e o segurado vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, porque, para o primeiro, no tocante ao tempo de serviço rurícola anterior a 1991, há recolhimento das contribuições previdenciárias, o que não é exigido para o segundo. Cuida-se de regimes diferentes, e, no caso do segurado urbano e do rurícola, nada obstante as diferenças de tratamento quanto à carência e aos requisitos para a obtenção dos benefícios, ambos se encontram vinculados ao mesmo Regime Geral da Previdência Social, o que não ocorre para o servidor estatutário.

8. Tese jurídica firmada: O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rural em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador, para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991.

9. Na hipótese dos autos, o aresto prolatado pelo Tribunal de origem está em conformidade com o posicionamento desta Corte Superior, porque, da leitura do voto condutor e do acórdão que resultou das suas premissas, não há determinação para que o tempo de serviço constante da respectiva certidão seja contado como tal para o caso de contagem recíproca, pelo que não tem esse efeito, salvo se houver o recolhimento das contribuições.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

11. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

(REsp 1682678/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018)

Logo, temos que, referida compensação financeira, operada entre o Regime Geral da Previdência Social e o da Administração Pública, faz-se necessária, uma vez que na contagem recíproca o benefício concedido resulta do aproveitamento de tempos de serviço prestados em regime previdenciários distintos, a ser pago pelo sistema a que o segurado estiver vinculado quando de seu requerimento.

Não obstante, é dever da autarquia expedir a respectiva certidão de tempo de serviço, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondente, uma vez que o direito à expedição de certidão é assegurado a todos, na forma do artigo 5º, XXXIV, “b”, da Constituição da República.

À pessoa jurídica de direito público a que vinculada o servidor, no momento de instituir eventual benefício em seu favor, cumprirá condicionar o cômputo do período de labor rural à indenização a que se refere a legislação previdenciária, para fins de contagem recíproca.

Destarte, mesmo que seja considerada válida a averbação do tempo de serviço rural pelo INSS, sem necessidade de recolhimento de contribuições, é inadmissível a contagem recíproca desse tempo de serviço rural para fins de aposentadoria no serviço público sem que haja o recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes ao período.

Logo, a certidão de tempo de serviço para fins de contagem recíproca pode ser expedida, sem a necessidade de comprovação do efetivo recolhimento das contribuições sociais devidas nas épocas próprias ou, na sua ausência, a indenização dos valores correspondentes ao período que se quer computar, bastando o INSS fazer constar a advertência quanto a ausência do referido pagamento.

Assim, como bem asseverado na decisão monocrática, confirmada pelo voto condutor do acórdão recorrido, “Indevida, pois, a negativa do INSS em expedir a certidão de tempo de serviço de comprovada atividade campesina. Frise-se que o recolhimento ou indenização das contribuições correspondentes, com a compensação financeira dos sistemas de previdência diversos, deverá ser objeto de questionamento na hipótese de eventual apresentação da certidão pelo interessado para fins de aposentadoria. Ademais, cuida-se de direito individual fundamental a obtenção de certidões em repartições públicas, independentemente do pagamento de taxas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º,

XXXIV, da Constituição Federal). Nada obstante, deverá ser facultado ao INSS consignar na certidão a ausência de recolhimento ou indenização das contribuições correspondentes ao tempo de serviço em atividade rural, reconhecido no âmbito judicial ou administrativo, providência suficiente para resguardar os direitos da autarquia federal, além de demonstrar a fiel situação do segurado perante o regime previdenciário”.

Esse entendimento, impende referir, tem o beneplácito da jurisprudência da Colenda 3ª Seção desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL PARA O FIM DE CONTAGEM RECÍPROCA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO CABÍVEL COM ANOTAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DE INDENIZAÇÃO EM DATA POSTERIOR. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DEMANDA RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO ORIGINÁRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- Trata-se de ação rescisória proposta com base em violação literal de disposição de lei, cuja controvérsia versa apenas sobre obrigação de indenização de contribuições concernentes a contagem de tempo de serviço trabalhado na atividade privada, como rurícola, sob o Regime Geral da Previdência Social, para efeito de concessão de aposentadoria no serviço público, conforme dispunha o artigo 202, parágrafo 2º, da Constituição Federal (hoje, artigo 201, parágrafo 9º) e artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

- Para fins de implementação de contagem recíproca, com exigência de compensação financeira entre os diferentes regimes previdenciários, nos termos do artigo 201, § 9º, da Constituição Federal, não se pode afastar a obrigação de indenização relativa ao tempo de serviço do qual não foi efetivado recolhimento de contribuições, seja por omissão do próprio segurado ou pelo fato de que se encontrava dispensado de tais recolhimentos pelo regime de origem.

- Todavia, no que concerne ao reconhecimento de tempo de serviço rural, anterior à edição da Lei 8.213/91, o posicionamento trazido pelo Desembargador Federal Galvão Miranda, calcado em entendimento do TRF 4ª região, é o que melhor atende à realidade rural, quando expressa: “A contagem recíproca se verifica quando, para fins concessão de benefícios previdenciários, há associação de tempo de serviço em atividade privada com tempo de serviço público sujeitos a diferentes regimes de previdência social, sendo devida, no caso, a indenização de que trata o inciso IV do art. 96 da Lei nº 8.213/91. Por outro lado, o direito de obter certidão é garantia constitucional (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “b”, da Constituição Federal), não podendo sua expedição ser condicionada à prévia indenização, o que não impede possa a autarquia previdenciária, na própria certidão, em se tratando de tempo de serviço para fins de contagem recíproca, esclarecer a situação específica do segurado quanto a ter ou não procedido ao recolhimento de contribuições ou efetuado o pagamento de indenização relativa ao respectivo período. (TRF-3ª Região; AC nº 858170/MS, rel. Des. Fed. Galvão Miranda, j. 28/03/2006, DJU 26/04/2006, p. 627)”

- Não há que se falar em prescrição, tendo em vista que se trata de verba de natureza indenizatória e não tributária, sendo faculdade do interessado efetivar ou não o prévio recolhimento para obter a efetiva contagem do tempo indenizado.

- A simples determinação de expedição de certidão de tempo de serviço, sem que se ponha sob garantia os interesses do INSS, quanto ao direito de indenização, se e quando operacionalizada a contagem recíproca, constitui violação a literal disposição do disposto no artigo 202, § 2º, da Constituição Federal (hoje, artigo 201, § 9º), e artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

- Ação rescisória procedente. Ação originária parcialmente procedente.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 1137 - 0029603-02.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA, julgado em 24/10/2007, DJU DATA:19/12/2007 PÁGINA: 403)

AGRAVO. RESCISÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS RESCINDENS E RESCISSORIUM (ART. 557, CPC). RECONHECIMENTO E EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONSIGNADA NO DOCUMENTO AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTOS, TANTO PARA EFEITO DE CARÊNCIA QUANTO PARA FINS DE CONTAGEM RECÍPROCA. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS DA EXORDIAL DA ACTIO RESCISSORIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A princípio, é forte na 3ª Seção desta Casa jurisprudência no sentido de que decisões con-
dizentemente fundamentadas e sem máculas tais como ilegalidade ou abuso de poder não
devem ser modificadas: caso dos autos.

- Todas irresignações do ente público encontram-se adequadamente analisadas e o decisório
hostilizado é claro quanto às razões pelas quais a demanda restou decidida como feito.

- Possibilidade de reconhecimento de tempo de serviço rural e de expedição de certidão res-
pectiva; consignada no documento ausência de recolhimentos, tanto para efeito de carência
quanto para fins de contagem recíproca.

- Agravo a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 1360 - 0065507-
83.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, julgado em
22/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/06/2014)

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001553-55.2013.4.03.6128
(2013.61.28.001553-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: EDUARDO ALVES DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JUNDIAÍ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: Ap 2265434
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. FLEXIBILIZAÇÃO DE PEDIDOS. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

- Possibilidade de flexibilização na apropriação dos pedidos deduzidos nas exordiais, em razão da própria hipossuficiência denotada pela parte autora, a mitigar-se o rigorismo próprio da legislação processual, permitindo-se, muita vez, certa fungibilidade na valoração da prestação pleiteada. Precedentes jurisprudenciais.

- A modalidade de jubilamento postulado vem consagrado no § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, na dicção da Lei nº 11.718/2008, e é, tradicionalmente, denominado híbrido ou misto, haja vista a permissão legislativa quanto à contagem de tempo desempenhado em mister rural, em consórcio a outros interstícios contributivos atinentes a categorias de segurado diversas, de sorte a adimplir, com referido somatório, o lapso de carência, delimitado a partir da aplicação da tabela progressiva constante do artigo 142 da Lei nº 8.213/91. Quanto ao quesito etário, remanesce assinalado em 65 anos (homem) e 60 anos (mulher).

- Agregando-se o lapso de labor rural ora reconhecido aos demais interregnos de serviço que ecoam dos elementos carregados aos autos, ressaí que o suplicante reúne tempo superior ao legalmente reclamado, sendo de rigor a acolhida do pedido.

- Apelação autárquica desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. O Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias acompanhou a Relatora com ressalva de entendimento pessoal.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Cuida-se de apelação do INSS tirada de sentença, não submetida à remessa oficial, que, em autos de concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural, julgou improcedente o pedido e reconheceu o direito à concessão de aposentadoria híbrida, desde a data da audiência, quando restou comprovado o trabalho rural, fixada a renda mensal em um salário mínimo. Foram antecipados os efeitos jurídicos da tutela (fls. 188/191).

Em seu recurso, pugna a autarquia previdenciária pela reforma da decisão combatida sob o argumento de não cumprimento do período de carência legal pela autora (fls. 196/197).

Sem contrarrazões, subiram os autos ao Tribunal.

Em síntese, o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Inicialmente, afigura-se correta a não submissão da r. sentença à remessa oficial.

De fato, o artigo 496, § 3º, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, dispõe que não está sujeita ao reexame necessário a sentença em ações movidas contra a União Federal e respectivas autarquias e fundações e cujo direito controvertido não exceda mil salários mínimos.

No caso dos autos, considerando as datas do termo inicial do benefício (fixada em 27/01/2015) e da prolação da sentença (16/08/2016), bem como o valor da benesse, verifico que a hipótese em exame não excede os mil salários mínimos.

Não sendo, pois, o caso de conhecer da remessa oficial, passo à análise dos recursos interpostos, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no diploma processual.

De logo, diga-se que na senda previdenciária se conhece certa flexibilização na apropriação dos pedidos deduzidos nas exordiais, em razão da própria hipossuficiência denotada pela parte autora, a mitigar-se o rigorismo próprio da legislação processual, permitindo-se, muita vez, certa fungibilidade na valoração da prestação pleiteada (cite-se, à guisa de exemplo, o deferimento de auxílio-doença quando postulada, apenas, aposentadoria por invalidez). Quanto à hipótese especificamente esboçada neste feito, muito embora se conheça jurisprudência havendo por *extra petita* a decisão judicial, sendo de citar, a título de exemplo, precedente desta própria Nona Turma nesse diapasão (APELREEX proc. reg. nº 00319623620164039999, Relator JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, TRF3, NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 27/01/2017), certo é que o c. STJ tem decidido em sentido diverso. Consulte-se, a propósito, o seguinte precedente:

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.

(STJ, RESP 201300429921, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1367479, SEGUNDA TURMA, Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 10/09/2014).

Assim, é de rigor que se aquilate a factibilidade de aposentadoria por idade, com aproveitamento de tempos de labor rural e urbano.

A modalidade de jubramento postulado pela autoria vem consagrado no § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, na dicção da Lei nº 11.718/2008, e é, tradicionalmente, denominado híbrido ou misto, haja vista a permissão legislativa quanto à contagem de tempo desempenhado em mister rural, em consórcio a outros interstícios contributivos atinentes a categorias de segurado diversas, de sorte a adimplir, com referido somatório, o lapso de carência, delimitado a partir da aplicação da tabela progressiva constante do artigo 142 da Lei nº 8.213/91. Quanto ao quesito etário, remanesce assinalado em 65 anos (homem) e 60 anos (mulher).

Ao prever tal espécie de aposentação, teve o legislador ordinário por fito salvaguardar os interesses dos exercentes de ofício rural que, em sua jornada profissional, de forma transitória ou permanente, vieram a galgar ocupações distintas, notadamente de natureza urbana, circunstância que, eventualmente, empecer-lhes-ia a outorga de aposentadoria por idade de trabalhador rural, relegando-os a verdadeiro limbo jurídico, à constatação de que desempenharam labor urbano por expressivo lapso temporal ou bem teriam abandonado a atividade campestre antes do atingimento etário ou da vindicação da benesse. É-lhes propiciada, nessa medida, a contabilização do tempo laboral desenvolvido no campo, ainda que de forma descontínua, conjugando-o ao afazer urbano, na busca do atendimento à carência legal. Desimporta, aqui, investigar-se do predomínio de atividades rurais no histórico laboral do requerente do benefício; tampouco, apurar-se se, quando da dedução do requerimento, o solicitante ainda estava a labutar no campo.

Vale ponderar, ainda, que, ao contrário do que sucede na aposentadoria por idade de trabalhador rural, na modalidade híbrida encontra aplicabilidade o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 10.666/2003, mercê do qual a perda da qualidade de segurado, anteriormente ao atingimento da idade exigida, não é de molde a obstar a outorga do benefício, contanto que seja alcançada a carência exigida. Precedente deste Tribunal nesse diapasão: AC 00038436520164039999, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRF3, SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 23/06/2016.

Quanto à demonstração do labor rural, há de se operar à luz dos contornos arraigados na jurisprudência, tais os seguintes:

- é suficiente à demonstração do labor rural início de prova material (v.g., documentos expedidos por órgãos públicos que contemplem a qualificação rurícola da parte autora, não sendo taxativo o rol de documentos previsto no art. 106 da Lei nº 8.213/91), corroborado por prova testemunhal coesa e harmônica, sendo inservível a tal finalidade prova exclusivamente testemunhal (Súmula STJ 149), inclusive para os chamados “boias-frias” (REsp nº 1.321.493/PR, apreciado na sistemática do art. 543-C do CPC);

- são extensíveis à mulher, a partir da celebração do matrimônio ou do limiar da união estável, os documentos em que os cônjuges, ou conviventes, aparecem qualificados como lavradores (v.g., STJ, AGARESP 201402280175, Relatora Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJE 11/12/2014);

- possível o reconhecimento de tempo de serviço rural antecedente ou ulterior ao princípio de prova documental apresentado, desde que ratificado por testemunhos idôneos (STJ, REsp nº 1.348.633/SP, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJE 05/12/2014).

- indisputável a existência de início de prova material contemporâneo a, quando menos, quinhão do período rural por testificar-se (v. Súmula TNU 34; cf., também, RESP 201200891007, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 19/12/2012, apreciado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, donde se colhe ser dispensável que o princípio de prova documental diga respeito a todo o interregno a comprovar, admitindo-se que aluda, apenas, à parcela deste);

- tratando-se de aposentadoria híbrida, despiendo quer o recolhimento de contribuições previdenciárias relativamente ao tempo rural invocado pela autoria, à moda do que sucede em sede de aposentadoria por idade de trabalhador rural (RESP nº 1497086/PR, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 06/04/2015), quer a demonstração do exercício da labuta campesina ao tempo da oferta do requerimento administrativo do benefício (AgRg no RESP 1.497.086/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, STJ - Segunda Turma, DJe 06/04/2015; RESP 201300429921, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, STJ - Segunda Turma, DJe 10/09/2014).

Postas as balizas, passa-se ao exame do caso dos autos.

A parte autora, nascida em 15/12/1947, adimpliu o requisito etário em 15/12/2012, incumbindo-lhe demonstrar o exercício de atividades rurícola e urbana por, no mínimo, 180 meses.

No intuito de denotar a labuta campesina, em regime de economia familiar, desenvolvida, consoante aduz, entre 23/05/1964 a 25/11/1988, o demandante trouxe à baila os seguintes documentos, entre outros:

- certidão do Registro de Imóveis de Ivaiporã/PR, dando conta da compra de imóvel rural pelo genitor do autor, em 23/05/1964 e a alienação do mesmo em 25/11/1988 (fl. 17);

- cópia da certidão de casamento, celebrado em 13/12/1975, em que o autor exsurge qualificado como lavrador (fl. 18);

- nota fiscal de entrada, em nome do autor, emitida em 13/06/1978 (fl. 19);

- certificado de cadastro rural em nome do vindicante, qualificado como trabalhador rural, emitida em 01/10/1975 (fl. 20);

- matrícula do autor junto ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Ivaiporã, em 22/09/1976 (fl. 21);

- certidão de nascimento de seus filhos, em 25/06/1978 e 01/07/1979, irrogando-lhe o ofício de lavrador (fls. 29/30).

Quanto às testemunhas, ouvidas em 27/01/2015, e que conhecem o vindicante desde 1964, foram uníssonas em afirmar que ele trabalhou nas lides rurais, em sítio paterno situado em Ivaiporã/SP, onde plantavam arroz, milho e feijão, sem a ajuda de empregados, até 1988, quando a família mudou-se para Itu/SP.

Por aí vai-se vendo que os testigos ouvidos, coesos e harmônicos quanto à prestação de trabalho rural pelo requerente, em consonância com o início de prova material, permitem concluir pelo desempenho dessa atividade entre 1964 e 1988.

E, por óbvio que não se pode descartar lapso de memória, de todo escusável face ao decurso de tempo, quanto à exatidão das datas citadas pelos depoentes. Assim, de rigor o desconto, do lapso de labor rural reconhecido, o período compreendido entre 13/09/1983 (início do primeiro vínculo urbano) a 25/11/1988 (data da venda da propriedade rural de seu genitor), eis que, neste lapso, o autor exercia ofício de natureza urbana, como abaixo se verá.

Com efeito, há, nos autos, extrato do CNIS coligido à fl. 49, com registros de contratos de natureza urbana nos seguintes períodos: 13/09/1983 a 20/05/1986, 17/09/1986 (sem saída), 12/01/1987 a 13/04/1989, 04/12/1989 a 20/11/1990, 01/07/1991 a 12/10/1993, 01/07/1994 a 07/04/1995. Observa-se, ainda, que o autor esteve em gozo de amparo social de 17/02/2014 a 24/01/2015, data em que passou a perceber aposentadoria por idade, por força de antecipação de tutela, nestes autos (NB 163.518.881-1).

E agregando-se o lapso de labor rural ora reconhecido aos demais interregnos de serviço que ecoam dos elementos carreados aos autos, recai que o suplicante reúne tempo superior ao legalmente reclamado, sendo de rigor a acolhida do pleito inicial.

Os valores já pagos, seja na via administrativa ou por força de decisão judicial, deverão ser integralmente abatidos do débito.

Do exposto, NEGOU PROVIMENTO AO APELO AUTÁRQUICO mantendo íntegra a sentença recorrida.

É o voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

EMBARGOS INFRINGENTES

0002977-86.2013.4.03.6111

(2013.61.11.002977-6)

Embargante: VALDA JOSE SOUTO DA SILVEIRA

Embargado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Classe do Processo: EI 1902230

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CONTEMPORANEIDADE DA ATIVIDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE CAMPESINA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR À IMPLEMENTAÇÃO DO REQUISITO ETÁRIO. CONTEMPORANEIDADE DA PROVA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ESTENDER PROVA MATERIAL EM NOME DO CÔNJUGE PARA PERÍODO POSTERIOR AO ÓBITO. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. VERBA HONORÁRIA. INFRINGENTES PREJUDICADOS.

1. A aposentadoria por idade do trabalhador rural encontra previsão no art. 48, §§1º e 2º, da Lei nº 8.213/91.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RESP nº 1.348.633/SP, adotando a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973, assentou o entendimento de que é possível o reconhecimento de tempo de serviço rural exercido em momento anterior ou posterior àquele retratado no documento mais antigo juntado aos autos como início de prova material, mas desde que tal período venha delineado em prova testemunhal idônea.

3. Há remansosa jurisprudência no sentido de ser extensível à mulher a condição de rurícola nos casos em que os documentos apresentados, para fins de comprovação da atividade campesina, indiquem o marido como trabalhador rural.

4. A 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.304.479/SP, sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973, entendeu que o trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar, sendo que, em exceção a essa regra geral, tem-se que a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana.

5. O C. STJ estabeleceu, no julgamento do REsp autuado sob nº 1.354.908/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos de controvérsia, a necessidade da demonstração do exercício da atividade campesina em período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário.

6. É forte o entendimento de que, ainda que não se exija prova material para todo o período de carência, a prova material indiciária deve se referir ao menos à parte desse interregno, isto é, deve haver concomitância temporal entre a prova material

inicial e o lapso que se pretende comprovar em juízo, mormente quando verificado significativo decurso de tempo entre um e outro. Precedentes desta Corte e do c. STJ.

7. O aproveitamento por extensão de documentos em nome de terceiro deve guardar correlação lógica com a situação que se pressupõe comum. Explico. Razoável a presunção de que, ante a comprovação de que algum dos membros do núcleo familiar trabalhava em regime de economia familiar, os demais também o fizessem, eis que é pressuposto necessário e comum dessa atividade o apoio mútuo e o esforço comum, sem os quais o grupo não conseguiria se manter. A mesma presunção, entretanto, não vale para o diarista, eis que o fato de um dos membros exercer funções laborativas nesta qualidade, não faz presumir que os demais também o façam, ante a inexistência de pressuposto comum ou de característica integrativa da parte ao todo.

8. No caso concreto, a autora implementou o requisito etário em 2008 e apresentou como prova material sua certidão de casamento, ocorrido em 09.10.1974, em que consta a profissão “lavrador” na qualificação de seu falecido marido; bem como, vários documentos em nome de seu marido, referentes a imóvel rural de 14,5 ha, em Cianorte/PR, relativos aos exercícios de 1960 a 1966, 1968, 1970, 1971 e 1976. Foi colhida prova oral. Consta dos autos que o marido da autora faleceu em 18.07.1980 e que a autora recebe a respectiva pensão por morte de trabalhador rural.

9. Era imprescindível que a autora tivesse apresentado início de prova material em nome próprio, a fim de, em conjunto com outros meios probatórios (como a prova oral), demonstrar que permaneceu no mouro rural após o óbito de seu marido por todo o período equivalente à carência do benefício e imediatamente anterior à implementação do requisito etário para sua aposentação. Desse modo, considerando que a atividade rural supostamente exercida pela autora está baseada em prova exclusivamente testemunhal, sem início de prova material para o período exigido, não reconhecida a comprovação do exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao da implementação do requisito etário e equivalente à carência.

10. Em razão do entendimento fixado pela Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.352.721/SP, na forma do artigo 543-C do CPC/1973, e diante da ausência de conteúdo probatório eficaz, deverá o feito ser extinto, sem resolução de mérito, por carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, de sorte a possibilitar à autora o ajuizamento de novo pedido, administrativo ou judicial, caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

11. Verba honorária fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal para as dívidas civis, conforme prescrevem os §§ 2º, 4º, III, e 8º, do artigo 85 do CPC. A exigibilidade ficará suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

12. Tratando-se de matéria de ordem pública, que pode ser revista a qualquer momento pelo Juízo, extinto o processo, sem resolução de mérito, de ofício, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil/1973 e artigo 485, IV, do Código de Processo Civil. Prejudicados os embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, de ofício, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, e dar por prejudicados os embargos infringentes da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos por VALDA JOSE SOUTO DA SILVEIRA contra acórdão não unânime proferido pela 8ª Turma deste e. Tribunal, que, por maioria, negou provimento a agravo legal interposto pela autora.

O agravo, por seu turno, foi interposto em face de decisão monocrática terminativa de mérito, que deu provimento à apelação autárquica para julgar improcedente o pedido de benefício de aposentadoria por idade rural.

Em suas razões recursais (fls. 160-167) aduziu que deve prevalecer o voto vencido, uma vez que, no seu entender, teria restado comprovada sua condição de trabalhadora rural.

À fl. 168, os embargos foram admitidos.

Intimado para tanto (fl. 168), o INSS não apresentou contrarrazões (fl. 170).

O Ministério Público Federal reiterou a manifestação formulada no 1º grau (fl. 173), a qual indicou a não ocorrência das hipóteses legais para sua intervenção (fl. 84v).

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos na vigência do CPC/1973, razão pela qual, embora não mais prevista a espécie recursal na lei adjetiva ora vigente (CPC/2015), os mesmos deverão ser apreciados na forma regulada pela lei anterior, em observância ao princípio *tempus regit actum* e ao quanto disposto no artigo 14 do atual CPC.

Conforme disposto no artigo 530 do CPC/1973, com redação dada pela Lei nº 10.352/01, cabiam embargos infringentes quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houvesse julgado procedente ação rescisória, sendo que, em caso de desacordo parcial, os embargos seriam restritos à matéria objeto da divergência.

Ressalto que não consta dos autos a declaração do voto minoritário, entretanto, encontra-se sedimentado entendimento no sentido de que se presume o desacordo total com o voto vencedor. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS INFRINGENTES CABÍVEIS. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA PARTE NÃO-UNÂNIME DO JULGADO. NÃO CONHECIMENTO.

1. “A ausência, nos autos, da declaração do voto vencido não é óbice à oposição de embargos infringentes, pois, conforme jurisprudência sedimentada neste Superior Tribunal de Justiça, não sendo possível aferir a extensão do voto minoritário, o referido recurso é cabível por desacordo total” (AgRg no Ag 713665/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 03/04/2006, p. 248)

[...]

(STJ, 3ª Turma, AgRg/AG 1402076, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 01.03.2012)

Sobre o tema recursal Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery pontuam:

11. Finalidade. Os embargos infringentes têm como finalidade o pedido de modificação do acórdão, com o objetivo de fazer prevalecer o voto vencido. [...]

13. Efeito devolutivo. O âmbito de devolutividade dos embargos infringentes é restrito à matéria objeto de divergência. A parte unânime do acórdão não enseja embargos infringentes, podendo ser impugnada por RE ou REsp (CPC 498). [...]

19. Casuística: [...]

Limites dos EI. O julgamento dos embargos infringentes não se bitola pelas razões do voto vencido, mas limita-se à extensão dele, podendo-se alterar a motivação, mas o resultado deve ser idêntico, sob pena de ofensa ao CPC 530 *in fine* (1º TACivSP, Ag 575072-7. rel. Min. Sena Rebouças. j. 8.6.1994 - RJE 15/8).

(Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 940-941)

Ação ajuizada em 05.08.2013, em que a autora postula a concessão de aposentadoria por idade rural.

Em 1ª Instância, o pedido foi julgado procedente (fls. 107-122), À apelação autárquica foi dado provimento, julgando-se improcedente o pleito, conforme decisão monocrática terminativa (fls. 145-146) proferida pela então Relatora, Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, da qual destaco o seguinte:

[...] A autora completou a idade mínima em 25.04.2008, devendo comprovar o exercício de atividade rural por 162 meses (fl. 09).

Acostou, a autora, cópia da sua certidão de casamento (assento lavrado em 1974), qualificando o marido como lavrador (fl. 13).

Consta, ainda, extrato de consulta ao Sistema Único de Benefícios - DATAPREV, indicando que a autora recebe pensão por morte de seu cônjuge, trabalhador rural, desde 18.07.1980 (fl. 65). É pacífico o entendimento de nossos Tribunais, diante das difíceis condições dos trabalhadores do campo, sobre a possibilidade da extensão da qualificação do cônjuge ou companheiro à esposa ou companheira.

Contudo, o falecimento do cônjuge em 1980, quase 18 anos antes do implemento do requisito etário pela autora, impossibilita a extensão da condição de trabalhador rural durante esse interregno. Acrescente-se o fato de que não há qualquer documento, em nome da própria demandante, demonstrando ser lavradora.

Apesar de os testemunhos terem afirmado a atividade rurícola da autora, de longa data vem a jurisprudência inclinando-se para a necessidade da prova testemunhal vir acompanhada de, pelo menos, um início razoável de prova documental, resultando até mesmo na Súmula

de nº 149 do Superior Tribunal de Justiça [...]

No mesmo sentido o artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91, ao dispor que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida a prova exclusivamente testemunhal.

Não podendo se estender a qualificação do marido, a ausência de prova documental, que sirva pelo menos como indício do exercício de atividade rural pela autora, enseja a denegação do benefício pleiteado. [...]

Contra essa decisão, a autora interpôs agravo, ao qual foi negado provimento em acórdão não unânime proferido pela 8ª Turma desta Corte (fls. 155-158), nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Luiz Stefanini, acompanhado pelo Desembargador Federal David Dantas, vencida a Desembargadora Federal Tânia Marangoni, cuja declaração de voto, conforme supramencionado, não consta dos autos.

Admitido o desacordo total e considerando o teor dos infringentes, tem-se que a divergência no julgado se deu quanto à comprovação do exercício da atividade rural pela autora no período de carência, até a data da implementação do requisito etário, para fins de concessão da aposentadoria por idade.

A aposentadoria por idade do trabalhador rural encontra previsão no art. 48, §§1º e 2º, da Lei nº 8.213/91 (LBPS), *in verbis*:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º *Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea “a” do inciso I, na alínea “g” do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.*

§ 2º *Para os efeitos do disposto no § 10 deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 90 do art. 11 desta Lei.* (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008) (grifos nossos)

Ressalto o entendimento firmado pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.348.633/SP, adotando a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, inclusive objeto do enunciado de Súmula nº 577, no sentido de que é possível o reconhecimento de tempo de serviço rural exercido em momento anterior ou posterior àquele retratado no documento mais antigo juntado aos autos como início de prova material, mas desde que tal período venha delineado em prova testemunhal idônea e robusta.

Quanto ao ponto, também restou assentado pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.321.493/SP, em sede de recurso representativo de controvérsia, que é possível o abrandamento da prova para configurar tempo de serviço rural dos trabalhadores rurais denominados “boias-frias”, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, sendo, para tanto, imprescindível a apresentação de início de prova material sobre parte do lapso temporal pretendido, a ser complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

Ainda, há remansosa jurisprudência no sentido de ser extensível à mulher a condição de rurícola nos casos em que os documentos apresentados, para fins de comprovação da atividade campesina, indiquem o marido como trabalhador rural (confira-se: STJ, 3ª Seção, EREsp 1171565, relator Ministro Nefi Cordeiro, DJe 05.03.2015).

Em complementação ao tema, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.304.479/SP, sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973, entendeu que o trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar, sendo que, em exceção a essa regra geral, tem-se que *a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana*.

Além do mais, o C. STJ estabeleceu, no julgamento do REsp autuado sob nº 1.354.908/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos de controvérsia, a necessidade da demonstração do exercício da atividade campesina em período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que *o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício*. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. *Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício*.

2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(STJ, 1ª Seção, REsp 1354908, relator Ministro Campbell Marques, DJe 10.02.2016) [grifos nossos]

Pois bem, em 05.08.2013 a autora, nascida em 25.04.1953 (fl. 09), postulou a concessão de aposentadoria por idade rural, mediante o reconhecimento de sua condição de trabalhadora rural (fls. 02-06). Aduziu ter trabalhado desde os dozes anos junto com seus pais em diversas propriedades na Bahia, onde se casou, tendo se mudado com o marido para o Paraná. Alegou terem adquirido uma pequena propriedade rural, em que passaram a trabalhar em regime de economia familiar. Após o falecimento de seu marido na década de 1980, afirmou ter se mudado com os filhos para o distrito de padre Nóbrega, em Marília/SP, passando a trabalhar em várias fazendas da região.

Por ter completado a idade mínima necessária em 2008, deveria comprovar o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior à implementação do requisito etário ou ao requerimento do benefício, equivalente à carência, no caso, de 162 (cento e sessenta e dois) meses, ou seja, entre 1994 e 2008.

Para comprovação do alegado, juntou sua certidão de casamento, ocorrido em 09.10.1974, onde consta qualificada como “do lar” e seu marido como “lavrador” (fl. 13), bem como vários documentos em nome de seu marido, referentes a imóvel rural de 14,5 ha, em Cianorte/PR, relativos aos exercícios de 1960 a 1966, 1968, 1970, 1971 e 1976 (fls. 14-22).

Foram ouvidas testemunhas, em 20.10.2014 (fls. 94-100):

Testemunha Pedrina Maria dos Santos: “que a depoente conheceu a autora por volta de 1979/1980, quando ela veio do estado do Paraná para a cidade de Padre Nóbrega; que ela veio com os filhos e já era viúva; que a autora trabalhava como bóia-fria nas lavouras de café e amendoim; que a autora e a depoente trabalharam juntas na fazenda Moreira e no Marconato; que o último trabalho junto com a autora foi em 2010 no Marconato; que a autora trabalhava todos os dias na lavoura; que a depoente não se recorda da autora ter exercido atividade urbana; que na propriedade do Marconato não havia registro na CTPS; que no Marconato eram contratadas para trabalhar na colheita do café; que geralmente a colheita de café vai de maio a agosto; que a depoente trabalhou na Prefeitura Municipal de Marília a partir de 1980; que nas suas férias trabalhava como boia-fria; que geralmente tirava férias nos períodos de colheita de café; que nos períodos que não havia colheita de café a autora fazia outras atividades, como capinação; que a depoente mora a um quarteirão e meio da casa da autora, por isso tem conhecimento das atividades da autora”.

Testemunha Izabel Pereira Coutinho: “que a depoente conheceu a autora por volta de 1980, quando a autora se mudou com os pais e os filhos do Paraná para Padre Nóbrega; que em Padre Nóbrega a autora era vizinha da depoente; que a depoente e a autora trabalharam juntas como lavradoras na colheita de amendoim nas propriedades do Sachi, Chicarelli e Bolnacasaca, bem como trabalharam juntas na colheita do café na fazenda Moreira e para os Marconato; que a autora trabalhava na lavoura todos os dias; que a depoente nunca exerce atividade urbana; que a última atividade junto com a autora foi na colheita de café para os Marconato no ano de 2010; que na fazenda do Marconato era contratada na época de colheita sem registro na CTPS e recebiam por semana; que geralmente a colheita de café vai de maio a agosto; que além da colheita de café a autora também trabalhava nas colheitas de amendoim e melancia”.

Consta dos autos a informação de que a autora recebe “pensão por morte de trabalhador rural” desde 18.07.1980, data do óbito de seu marido (fls. 65-66).

Verifica-se que não constam quaisquer documentos em nome próprio da autora que a qualifiquem como trabalhadora rural.

As testemunhas somente vieram a conhecer a autora depois do óbito de seu marido, quando se mudou do Paraná para São Paulo.

Considerando que as únicas provas materiais apresentadas nos autos quanto à atividade rural estão em nome do *de cujus*, falecido em 1980, não há como estender sua eficácia probatória para o período posterior ao óbito.

É forte o entendimento de que, ainda que não se exija prova material para todo o período de carência, a prova material indiciária deve se referir ao menos à parte desse interregno, isto é, deve haver concomitância temporal entre a prova material inicial e o lapso que se pretende comprovar em juízo, mormente quando verificado significativo decurso de tempo entre um e outro.

Nesse sentido, ressalto os seguintes precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

ACÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO LEGAL DE CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONTEMPORÂNEA. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 149/STJ. ACÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Nenhum dos documentos apresentados comprova o exercício da atividade rural no período-

do de carência (138 meses - artigos 142 e 143 da Lei nº 8213/91) imediatamente anterior ao requerimento do benefício (2004), havendo apenas a prova testemunhal colhida.

2. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que “conquanto não se exija a contemporaneidade da prova material durante todo o período que se pretende comprovar o exercício de atividade rural, deve haver ao menos um início razoável de prova material contemporânea aos fatos alegados, admitida a complementação da prova mediante depoimentos de testemunhas”* (AgRg no REsp 1150825/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014).

3. Incide a Súmula 149/STJ (“A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”), cuja orientação foi confirmada no julgamento do REsp n. 1.133.863/RN, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 15/04/2011, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, uma vez que, no presente caso, a prova testemunhal não se fez acompanhar de qualquer documento contemporâneo ao tempo de atividade reclamado.

4. Ação rescisória improcedente.

(STJ, 3ª Seção, AR 3994, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., DJe 23.09.2015) [grifo nosso]

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. ÓBITO DO CÔNJUGE. INÍCIO MATERIAL DE PROVA. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RESP 1.352.721/SP.

- A aposentadoria por idade de rurícola exige idade mínima de 60 anos (homem) e 55 anos (mulher), bem assim comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência da benesse, conforme tabela progressiva, de cunho transitório, inserta no art. 142 da Lei nº 8.213/91, a ser manejada conforme o ano de implementação do requisito etário, ficando afastada a obrigatoriedade de contribuições.

- Possibilidade de demonstração do labor campesino, mediante utilização de princípios de provas em nome do cônjuge da postulante da aposentadoria por idade, mesmo após o falecimento deste.

- Nessa circunstância, os documentos indiciários devem guardar proximidade ao lapso de carência, exigindo-se, ainda, prova testemunhal robusta, no sentido de que a solicitante persistiu a labutar nas lides rurais, até completar a idade mínima à aposentação postulada.

- *In casu, muito embora as testemunhas tenham afirmado que a parte autora exerceu labor rural pelo interregno de carência, os elementos havidos como princípios de prova documental desservem à finalidade probante, à falta de contemporaneidade com o lapso no âmbito do qual haveria de ser demonstrada a faina campestre.*

- Precedente do STJ submetido à sistemática dos recursos representativos de controvérsia (REsp nº 1.352.721/SP), no qual se deliberou que a falta de eficaz princípio de prova material do labor campesino traduz-se em ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, abrindo ensejo à extinção do processo sem resolução de mérito.

- Embargos infringentes desprovidos.

- Extinção do processo, de ofício, sem resolução do mérito.

(TRF3, 3ª Seção, EI 00330343420114039999, relatora Desembargadora Federal Ana Pezari, v.u., DJe 01.12.2017) [grifo nosso]

Além do mais, o aproveitamento por extensão de documentos em nome de terceiro deve guardar correlação lógica com a situação que se pressupõe comum. Explico. Razoável a presunção de que, ante a comprovação de que algum dos membros do núcleo familiar trabalhava em regime de economia familiar, os demais também o fizessem, eis que é pressuposto

necessário e comum dessa atividade o apoio mútuo e o esforço comum, sem os quais o grupo não conseguiria se manter. A mesma presunção, entretanto, não vale para o diarista, eis que o fato de um dos membros exercer funções laborativas nesta qualidade, não faz presumir que os demais também o façam, ante a inexistência de pressuposto comum ou de característica integrativa da parte ao todo.

Por oportuno, destaco trecho do voto condutor da relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, no julgamento proferido, em 22.06.2017, à unanimidade desta 3ª Seção, com relação à Ação Rescisória nº 2015.03.00.004818-6:

[...] O trabalho rural em regime de economia familiar permite o aproveitamento do início de prova material em reciprocidade entre os membros da entidade familiar, sendo permitida a comunicação da qualificação profissional de um membro para outro, como ocorre entre os cônjuges, entre pais e filhos, e em outras hipóteses nas quais presente o parentesco.

No reconhecimento do trabalho rural do diarista não se permite, em regra, o aproveitamento da prova material, que não em nome próprio, em razão do caráter solitário e avulso do trabalho desempenhado.

Assim, o diarista só poderá aproveitar o início de prova material produzida em nome de outrem, mesmo que de algum familiar, se devidamente amparado pelas demais provas dos autos. [...]

Ressalte-se, na situação concreta, que a prova material do labor rural em nome de seu marido diz respeito a imóvel rural próprio, localizado no Paraná, o que permitia concluir pelo exercício da lida campesina em regime de economia familiar, situação não mais presumida após o óbito de seu esposo e sua mudança de Estado.

No caso concreto se fazia imprescindível que a autora tivesse apresentado início de prova material em nome próprio e relativa ao período de carência, a fim de, em conjunto com outros meios probatórios (como a prova oral), demonstrar que permaneceu no mouro rural por todo o período equivalente à carência do benefício e imediatamente anterior à implementação do requisito etário para sua aposentação.

Desse modo, considerando que a atividade rural supostamente exercida pela autora está baseada em prova exclusivamente testemunhal, sem início de prova material para o período exigido, não reconheço a comprovação do exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao da implementação do requisito etário e equivalente à carência.

Em razão do entendimento fixado pela Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.352.721/SP, na forma do artigo 543-C do CPC/1973, e diante da ausência de conteúdo probatório eficaz, deverá, ainda que contrariamente ao entendimento deste Relator, o feito ser extinto, sem resolução de mérito, por carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, de sorte a possibilitar à autora o ajuizamento de novo pedido, administrativo ou judicial, caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

Ante o exposto, tratando-se de matéria de ordem pública, que pode ser revista a qualquer momento pelo Juízo, *de ofício, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito*, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil/1973 e artigo 485, IV, do Código de Processo Civil, e *dou por prejudicados os embargos infringentes opostos pela autora*.

Condeno a autora no pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal para as dívidas civis, conforme prescrevem os §§ 2º, 4º, III, e 8º, do artigo 85 do CPC. A exigibilidade ficará

suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006153-76.2013.4.03.6110
(2013.61.10.006153-5)

Apelantes: AGAMENON JOSE DIAS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe do Processo: Ap 2066114

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA EM PARTE. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO INDEVIDA. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA EM PARTE. APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA.

I. Da análise do perfil profissiográfico e da CTPS juntada aos autos e de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividades especiais somente nos períodos de 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012.

II. Períodos de 13/01/1984 a 31/03/1985, 01/04/1985 a 20/01/1986, 21/01/1986 a 02/09/1986, 03/09/1986 a 30/06/1987, 09/05/1988 a 22/01/1990 e de 13/03/1992 a 05/03/1997 reconhecidos administrativamente como especiais.

III. Os períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2007 a 01/03/2008, 02/03/2012 a 09/05/2013 devem ser considerados como tempo de serviço comum.

IV. Computados os períodos trabalhados até a data do requerimento administrativo, verifica-se que a parte autora *não* comprovou o exercício de atividades consideradas especiais por um período de tempo superior a 25 (vinte e cinco) anos, razão pela qual não preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, nos moldes dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

V. Computando-se os períodos de trabalho especial ora reconhecidos, acrescido aos demais períodos de trabalho comuns, até a data da EC nº 20/98 (15/12/1998), perfazem-se 16 (dezesesseis) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias, o que é insuficiente para concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

VI. Computando-se os períodos de trabalho até a data do requerimento administrativo (09/05/2013), nota-se que além de o autor não ter atingido a idade mínima, não teria atingido o tempo de serviço necessário exigido pela EC nº 20/98, vez que contaria com apenas 33 (trinta e três) anos, 03 (três) meses e 21 (vinte e um) dias, conforme planilha ora anexada.

VII. Faz o autor jus somente à averbação dos períodos de 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012.

VIII. Tendo em vista o quanto decidido pelo C. STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.401.560/MT, processado segundo o rito do artigo 543-C do CPC de 1973, determino

a devolução dos valores recebidos por força de tutela antecipada pela parte autora.
IX. Apelação do INSS parcialmente provida e apelação do autor improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do INSS e negar provimento à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de julho de 2018.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço ou aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo (09/05/2013), mediante o reconhecimento dos períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2004 a 25/05/2004, 31/05/2004 a 09/05/2013 como de atividade especial.

A r. sentença (fls. 73/76) julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer os períodos requeridos e determinou a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço a contar da data da sentença. Foi determinada a implantação do benefício no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. Não houve condenação em custas. As partes foram condenadas em sucumbência recíproca.

A r. sentença não foi submetida à remessa oficial.

A autarquia interpôs apelação (fls. 79/86) sustentando que o autor não teria comprovado o exercício de atividade especial nos períodos constantes em sentença, uma vez que a parte não teria juntado laudo pericial contemporâneo aos fatos que pretende comprovar, afirmando, ainda, que o uso de equipamento de proteção individual (EPI) inibiria a exposição do organismo a agente agressivo. Subsidiariamente, questiona a aplicação dos juros e correção monetária.

Por sua vez, apela a parte autora (fls. 90/101) requerendo a concessão do benefício de aposentadoria especial mediante a conversão dos períodos de atividade comum (12/07/1982 a 14/10/1983 e de 12/09/1990 a 12/03/1992) em atividade especial e aplicação do coeficiente 0,83. Pleiteia que o termo inicial do benefício seja fixado na data do requerimento administrativo (09/05/2013) e requer que seja a autarquia condenada em honorários advocatícios.

Com as contrarrazões do autor, subiram os autos a este E. Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Decido.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço, hoje tempo de contribuição, está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91.

A par do tempo de serviço/contribuição, deve também o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu artigo 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 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado artigo 25, inciso II.

Para aqueles que implementaram os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço até a data de publicação da EC nº 20/98 (16/12/1998), fica assegurada a percepção do benefício, na forma integral ou proporcional, conforme o caso, com base nas regras anteriores ao referido diploma legal.

Por sua vez, para os segurados já filiados à Previdência Social, mas que não implementaram os requisitos para a percepção da aposentadoria por tempo de serviço antes da sua entrada em vigor, a EC nº 20/98 impôs as condições constantes do seu artigo 9º, incisos I e II.

Ressalte-se, contudo, que as regras de transição previstas no artigo 9º, incisos I e II, da EC nº 20/98 aplicam-se somente para a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, e não para a integral, uma vez que tais requisitos não foram previstos nas regras permanentes para obtenção do referido benefício.

Desse modo, caso o segurado complete o tempo suficiente para a percepção da aposentadoria na forma integral, faz jus ao benefício independentemente de cumprimento do requisito etário e do período adicional de contribuição, previstos no artigo 9º da EC nº 20/98.

Por sua vez, para aqueles filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98, não há mais possibilidade de percepção da aposentadoria proporcional, mas apenas na forma integral, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres.

Portanto, atualmente vigoram as seguintes regras para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição:

Segurados filiados à Previdência Social antes da EC nº 20/98:

a) têm direito à aposentadoria (integral ou proporcional), calculada com base nas regras anteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, e o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 até 16/12/1998;

b) têm direito à aposentadoria proporcional, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, além dos requisitos adicionais do art. 9º da EC nº 20/98 (idade mínima e período adicional de contribuição de 40%);

c) têm direito à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres;

Segurados filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98:

- têm direito somente à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores

à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e 30 (trinta) anos, para as mulheres.

Objetiva o autor a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço ou aposentadoria especial, a partir do requerimento administrativo (09/05/2013), mediante o reconhecimento dos períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2004 a 25/05/2004, 31/05/2004 a 09/05/2013 como de atividade especial.

Observo que o INSS administrativamente já teria reconhecido os períodos de 13/01/1984 a 31/03/1985, 01/04/1985 a 20/01/1986, 21/01/1986 a 02/09/1986, 03/09/1986 a 30/06/1987, 09/05/1988 a 22/01/1990 e de 13/03/1992 a 05/03/1997 como especiais (fls. 54/55), motivo pelo qual tais períodos são tidos por incontroversos.

Portanto, a controvérsia nos presentes autos refere-se ao reconhecimento do exercício de atividade especial nos períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2004 a 25/05/2004, 31/05/2004 a 09/05/2013 bem como o preenchimento dos requisitos para concessão do benefício de aposentadoria especial/tempo de serviço.

Da conversão da atividade comum em especial:

Quanto ao pedido de conversão de atividade comum em especial, a regra inserida no artigo 57, §3º, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, permitia a soma do tempo de serviço de maneira alternada em atividade comum e especial, ou seja, era possível a conversão do tempo de especial para comum e vice-versa. Dispunha o referido preceito legal:

Art. 57. (...)

§ 3º. O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.

Por sua vez, os Decretos nºs 357 de 07/12/1991 e 611 de 21/07/1992, que trataram sobre o regulamento da Previdência Social, explicitaram no artigo 64 a possibilidade da conversão de tempo comum em especial, inclusive com a respectiva tabela de conversão (reductor de 0,71 para o homem).

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.032/95, foi introduzido o §5º, que mencionava apenas a conversão do tempo especial para comum e não alternadamente.

Todavia, em recente julgado, em 26/11/2014, DJe de 02/02/2015, submetido à sistemática de Recurso Especial Repetitivo, REsp. nº 1310034/PR, o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela inaplicabilidade da regra que permitia a conversão de atividade comum em especial a todos os benefícios requeridos após a vigência da Lei nº 9.032/95, conforme ementa a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL NA RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. ACOLHIMENTO. RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 8/2008 MANTIDA. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL E COMUM. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO. LEI APLICÁVEL. CRITÉRIO. LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA APOSENTADORIA.

1. *omissis*.

9. No caso dos autos, a reunião dos requisitos para a aposentadoria foi em 2002, quando em

vigor, portanto, o art. 57, § 5º, da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.032/1995, que afastou a previsão de conversão de tempo comum em especial.

10. *omissis*.

11. No presente recurso representativo da controvérsia, repita-se, o objeto da controvérsia é saber qual lei rege a possibilidade de converter tempo comum em especial, e o que ficou estipulado (item “3” da ementa) no acórdão embargado é que a lei vigente no momento da aposentadoria disciplina o direito vindicado.

12. No caso concreto, o objetivo era que a conversão do tempo de serviço fosse regida pela Lei vigente ao tempo da prestação (Lei 6.887/1980), o que foi afastado pelo postulado decidido sob o regime do art. 543-C do CPC de que “a lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço”.

13. Ao embargado foi deferida administrativamente a aposentadoria por tempo de contribuição em 24.1.2002, pois preencheu o tempo de 35 anos de serviço, mas pretende converter o tempo comum que exerceu em especial, de forma a converter o citado benefício em aposentadoria especial.

14. A vantagem desse procedimento é que a aposentadoria especial não está submetida ao fator previdenciário (art. 29, I e II, da Lei 8.213/1991, com a redação da Lei 9.876/1999), o que de certa forma justifica a vedação legal de conversão do tempo comum em especial, pois, caso contrário, todos os aposentados por tempo de contribuição com 35 anos de tempo de serviço comum, por exemplo, poderiam pleitear a conversão desse tempo em especial (fator 1,4) de forma a também converter a aposentadoria comum em especial (25 anos) e, com isso, afastar o fator previdenciário.

15. Tal argumento de reforço, com intuito de apresentar visão sistêmica do regime geral de previdência social, denota justificativa atuarial para a vedação de conversão do tempo comum em especial fixada pela Lei 9.032/1995.

16. O sistema previdenciário vigente após a Lei 9.032/1995, portanto, somente admite aposentadoria especial para quem exerceu todo o tempo de serviço previsto no art. 57 da Lei 8.213/1991 (15, 20 ou 25 anos, conforme o caso) em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

17. Embargos de Declaração acolhidos, com efeito infringente, para prover o Recurso Especial e julgar improcedente a presente ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais, mantendo-se incólume a resolução da controvérsia sob o rito do art. 543-C do CPC.

(EDcl no REsp 1310034/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015) g.n.

Dessa forma, tendo em vista que o requerimento administrativo do autor é posterior ao advento da Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao artigo 57, §5º da Lei nº 8.213/91, inaplicável a conversão de atividade comum em especial nos períodos de atividade comum reclamados, para fins de compor a base de aposentadoria especial.

Atividade Especial:

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei nº 3.807/60.

O critério de especificação da categoria profissional com base na penosidade, insalubridade ou periculosidade, definidas por Decreto do Poder Executivo, foi mantido até a edição da Lei nº 8.213/91, ou seja, as atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo seriam consideradas penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico, bastando, assim, a anotação da função em CTPS ou a elaboração do então denominado informativo SB-40.

Foram baixados pelo Poder Executivo os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, relacio-

nando os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

Embora o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 tenha limitado a aposentadoria especial às atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o critério anterior continuou ainda prevalecendo.

De notar que, da edição da Lei nº 3.807/60 até a última CLPS, que antecedeu à Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço especial foi sempre definido com base nas atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo como penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico.

A própria Lei nº 8.213/91, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu, em seu artigo 152, que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deverá ser submetida à apreciação do Congresso Nacional, prevalecendo, até então, a lista constante da legislação em vigor para aposentadoria especial.

Os agentes prejudiciais à saúde foram relacionados no Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV), mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Destaque-se que o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, deixou de fazer alusão a serviços considerados perigosos, insalubres ou penosos, passando a mencionar apenas atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, sendo que o artigo 58 do mesmo diploma legal, também em sua redação original, estabelecia que a relação dessas atividades seria objeto de lei específica.

A redação original do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 foi alterada pela Lei nº 9.032/95 sem que até então tivesse sido editada lei que estabelecesse a relação das atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, não havendo dúvidas até então que continuavam em vigor os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

É de se ressaltar, quanto ao nível de ruído, que a jurisprudência já reconheceu que o Decreto nº 53.831/64 e o Decreto nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, ou seja, não houve revogação daquela legislação por esta, de forma que, constatando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado (STJ - REsp. n. 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O Decreto nº 2.172/97, que revogou os dois outros decretos anteriormente citados, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 dB(A) como prejudicial à saúde.

Por tais razões, até ser editado o Decreto nº 2.172/97, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB(A) como agente nocivo à saúde.

Todavia, com o 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 voltou a ser de 85 dB(A) (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99).

Houve, assim, um abrandamento da norma até então vigente, a qual considerava como agente agressivo à saúde a exposição acima de 90 dB(A), razão pela qual vinha adotando o entendimento segundo o qual o nível de ruídos superior a 85 dB(A) a partir de 05/03/1997 caracterizava a atividade como especial.

Ocorre que o C. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.398.260/PR, sob o rito do artigo 543-C do CPC, decidiu não ser possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, de

modo que no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, em consideração ao princípio *tempus regit actum*, a atividade somente será considerada especial quando o ruído for superior a 90 dB(A).

Nesse sentido, segue a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. 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.

Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC

1. 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.
 2. O limite de tolerância para configuração da especialidade 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, sendo impossível 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. Caso concreto
 3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.
 4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.
- (STJ, REsp 1398260/PR, Primeira Seção, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/12/2014)

Destaco, ainda, que o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido, precedentes desta E. Corte (AC nº 2000.03.99.031362-0/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow; v.u.; J. 19.08.2002; DJU 18.11) e do Colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp 584.859/ES, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 05/09/2005 p. 458).

No presente caso, da análise dos perfis profissiográficos juntados aos autos (fls. 51/58 do processo administrativo) e de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividades especiais nos seguintes períodos:

- 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012 (data constante do PPP) vez que exposto de maneira habitual e permanente a ruídos superiores a 90dB(A), sujeitando-se aos agentes enquadrados no código 2.0.1, Anexo IV do Decreto nº 3.048/99.

O período de 06/03/1997 a 10/07/2001 não pode ser tido por especial uma vez que a exposição a agentes agressivos (ruídos) se deu em nível inferior ao limite legal exigido, uma vez que registrada que a exposição a 86dB.

Do mesmo modo, o período de 01/03/2007 a 01/03/2008 deve ser tido como período comum ante a ausência de comprovação à exposição a agente nocivo, uma vez que não mensurado nos documentos acostados.

Por fim, o período de 02/03/2012 a 09/05/2013 deve ser tido como período comum

ante a ausência de comprovação à exposição a agente nocivo, uma vez que não abrangido nos documentos acostados.

Cumprе ressaltar que até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, *exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor (para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico)*.

Cumprе observar, ainda, que, por ocasião da conversão da Medida Provisória nº 1.663/98 na Lei nº 9.711/98, permaneceu em vigor o parágrafo 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, razão pela qual continua sendo plenamente possível a conversão do tempo trabalhado em condições especiais em tempo de serviço comum relativamente a qualquer período, incluindo o posterior a 28 de maio de 1998.

Neste sentido, é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL APÓS 1998. CÔMPUTO. MP N. 1663-15 CONVERTIDA NA LEI N. 9.711/1998. MANUTENÇÃO DA REGRA DE CONVERSÃO.

1. Permanece a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP n. 1.663, parcialmente convertida na Lei 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Quinta Turma.

2. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Resp nº 1.127.806-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2010).

Computados os períodos trabalhados até a data do requerimento administrativo, verifica-se que a parte autora *não* comprovou o exercício de atividades consideradas especiais por um período de tempo superior a 25 (vinte e cinco) anos, razão pela qual não preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, nos moldes dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

E, computando-se os períodos de trabalho especial ora reconhecidos, acrescido aos demais períodos de trabalho comuns, até a data da EC nº 20/98 (15/12/1998), perfazem-se 16 (dezesseis) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias, conforme planilha anexa, o que é insuficiente para concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Diante disso, não tendo implementado os requisitos para percepção da aposentadoria por tempo de serviço antes da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, a parte autora deve cumprir o quanto estabelecido em seu artigo 9º, que assim dispõe:

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressaltado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do “caput”,

e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o “caput”, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no “caput”, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.

Portanto, para obtenção da aposentadoria proporcional, o autor deve implementar mais 02 (dois) requisitos, quais sejam, possuir a idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos, além de cumprir um período adicional de contribuição de 40% (quarenta por cento) sobre o período de tempo faltante para o deferimento do benefício em sua forma proporcional, na data de publicação da EC nº 20/98 (16/12/1998).

E, computando-se os períodos de trabalho até a data do requerimento administrativo (09/05/2013), nota-se que além de o autor não ter atingido a idade mínima, não teria atingido o tempo de serviço necessário exigido pela EC nº 20/98, vez que contaria com apenas 33 (*trinta três*) anos, 03 (*três*) meses e 21 (*vinte e um*) dias, conforme planilha ora anexada.

Faz o autor jus, portanto, somente à averbação dos períodos de 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012.

Tendo em vista o quanto decidido pelo C. STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.401.560/MT, processado segundo o rito do artigo 543-C do CPC de 1973, determino a devolução dos valores recebidos por força de tutela antecipada pela parte autora.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO.

O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária. Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público. O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrario sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o

art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava. Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp 1401560/MT, Primeira Seção, Rel. Min. SERGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Min. ARI PARGENDLER, DJe 13/10/2015)

No que concerne aos honorários advocatícios, mantenho-os consoante fixado pela r. sentença, não havendo, assim, reparo a ser efetuado.

Do exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para deixar de considerar como especiais os períodos de 06/03/1997 a 10/07/2001, 01/03/2007 a 01/03/2008, 02/03/2012 a 09/05/2013, deixando de conceder ao autor o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, determinando apenas a averbação dos períodos de 01/03/2004 a 28/02/2007, 01/03/2008 a 01/03/2012, bem como determinar a devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada, e NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR, nos termos da decisão *supra*.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002212-91.2014.4.03.6140
(2014.61.40.002212-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: GERMANA BOAVENTURA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUÁ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: Ap 2303053
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. QUALIDADE DE SEGURADO. APOSENTADOIRA POR IDADE AUFERIDA AO TEMPO DO ÓBITO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL A INDICAR A COABITAÇÃO E A CONVIVÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CRITÉRIOS DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

- A demanda foi ajuizada em 24 de junho de 2014 e o aludido óbito, ocorrido em 09 de outubro de 2008, está comprovado pela respectiva Certidão.

- Restou superado o requisito da qualidade de segurado do *de cujus*. Consoante se infere da carta de concessão de fl. 52 e do extrato do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV de fl. 128, Evandro Nunes da Silva era titular de aposentadoria por idade (NB 41/123.561.484-8), desde 01 de março de 2002, cuja cessação decorreu de seu falecimento, em 09 de outubro de 2008.

- A postulante acostou aos autos início de prova material da união estável, consubstanciado na Certidão de Nascimento pertinente ao filho havido da relação marital e, notadamente, em farta prova documental a indicar a identidade de endereço de ambos até a data do falecimento. Nos documentos apresentados consta que a autora e Evandro Nunes da Silva residiam na Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap. 34, no Bairro do Brás, em São Paulo - SP.

- Em audiência realizada em 02 de março de 2016, foi inquirida a testemunha Expedita Alves de Souza, que afirmou que seu local de trabalho estava situado na Rua Cavalheiro, no Brás, em São Paulo, sendo que a parte autora e Evandro Nunes da Silva moravam no mesmo prédio onde funcionava a sua empregadora. Dessa forma, veio a conhecê-los, já que diariamente os via e tinha a oportunidade de cumprimentá-los. Asseverou que, na sequência, eles se mudaram para um imóvel situado no mesmo bairro, na Rua Monsenhor Andrade. Acrescentou que sempre os via juntos com o filho deles, razão por que acreditava que eles formavam uma família. Afirmou ter vivenciado que o vínculo marital se estendeu até a data do falecimento, pois até algumas semanas que precederam o falecimento pode vê-los juntos no bairro.

- Desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios, esta é presumida em relação à companheira.

- Na hipótese dos autos, considerando que o benefício já havia sido deferido administrativamente ao filho do casal, cuja cessação decorreu do advento do limite etário, o

termo inicial deve ser mantido a contar da data em que a pensão cessou em relação ao filho, vale dizer, a partir de 25 de setembro de 2010, nos termos fixados pela r. sentença recorrida.

- Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

- Apelação do INSS provida parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada por GERMANA BOAVENTURA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o benefício de pensão por morte, em decorrência do falecimento de Evandro Nunes da Silva, ocorrido em 09 de outubro de 2008.

A r. sentença proferida às fls. 126/127 julgou procedente o pedido e condenou a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, acrescido dos consectários legais. Por fim, concedeu a tutela de urgência e determinou sua imediata implantação.

Em razões recursais de fls. 139/141, pugna o INSS pela reforma da sentença e improcedência do pedido, ao argumento de não ter logrado a autora comprovar sua dependência econômica em relação ao falecido segurado. Subsidiariamente, insurge-se quanto aos critérios referentes aos consectários legais.

Contrarrazões às fls. 144/145.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

DA PENSÃO POR MORTE

O primeiro diploma legal brasileiro a prever um benefício contra as consequências da morte foi a Constituição Federal de 1946, em seu art. 157, XVI. Após, sobreveio a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que estabelecia como requisito para a concessão da pensão o recolhimento de pelo menos 12 (doze) contribuições mensais e fixava o valor a ser recebido em uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito, e tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) por segurados, até o máximo de 5 (cinco).

A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69, também disciplinaram o benefício de pensão por morte, sem alterar, no entanto, a sua essência.

A atual Carta Magna estabeleceu em seu art. 201, V, que:

A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e seu Decreto Regulamentar nº 3048, de 06 de maio de 1999, disciplinaram em seus arts. 74 a 79 e 105 a 115, respectivamente, o benefício de pensão por morte, que é aquele concedido aos dependentes do segurado, em atividade ou aposentado, em decorrência de seu falecimento ou da declaração judicial de sua morte presumida.

Depreende-se do conceito acima mencionado que para a concessão da pensão por morte é necessário o preenchimento de dois requisitos: ostentar o falecido a qualidade de segurado da Previdência Social, na data do óbito e possuir dependentes incluídos no rol do art. 16 da supracitada lei.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é a:

denominação legal indicativa da condição jurídica de filiado, inscrito ou genericamente atendido pela previdência social. Quer dizer o estado do assegurado, cujos riscos estão previdenciariamente cobertos.

(Curso de Direito Previdenciário. Tomo II - Previdência Social. São Paulo: LTr, 1998, p. 594).

Mantém a qualidade de segurado aquele que, mesmo sem recolher as contribuições, conserve todos os direitos perante a Previdência Social, durante um período variável, a que a doutrina denominou “período de graça”, conforme o tipo de segurado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios, a saber:

Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer

atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

É de se observar, ainda, que o § 1º do supracitado artigo prorroga por 24 (vinte e quatro) meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério do Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 (doze) meses. A comprovação do desemprego pode se dar por qualquer forma, até mesmo oral, ou pela percepção de seguro-desemprego.

Convém esclarecer que, conforme disposição inserta no § 4º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 14 do Decreto Regulamentar nº 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.032/01, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91 para recolhimento da contribuição, acarretando, consequentemente, a caducidade de todos os direitos previdenciários.

Conforme já referido, a condição de dependentes é verificada com amparo no rol estabelecido pelo art. 16 da Lei de Benefícios, segundo o qual possuem dependência econômica presumida o cônjuge, o(a) companheiro(a) e o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado ou inválido. Também ostentam a condição de dependente do segurado, desde que comprovada a dependência econômica, os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

De acordo com o § 2º do supramencionado artigo, o enteado e o menor tutelado são equiparados aos filhos mediante declaração do segurado e desde que comprovem a dependência econômica.

DO CASO DOS AUTOS

No caso em apreço, a ação foi ajuizada em 24 de junho de 2014 e o aludido óbito, ocorrido em 09 de outubro de 2008, está comprovado pela respectiva Certidão de fl. 61.

Também restou superado o requisito da qualidade de segurado do *de cujus*. Consoante se infere da carta de concessão de fl. 52 e do extrato do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV de fl. 128, Evandro Nunes da Silva era titular de aposentadoria por idade (NB 41/123.561.484-8), desde 01 de março de 2002, cuja cessação decorreu de seu falecimento, em 09 de outubro de 2008.

A controvérsia cinge-se, sobretudo, à comprovação da união estável vivenciada entre a autora e o falecido segurado. A esse respeito, a postulante acostou aos autos início de prova material, consubstanciado nos documentos que destaco:

- Certidão de Nascimento de fl. 62, pertinente ao filho havido da relação marital, nascido em 24 de setembro de 1989;

- Correspondência Bancária de fl. 27, emitida pelo Banco do Brasil, em nome de Evandro Nunes da Silva, referente ao Informe de Rendimentos do Ano-Calendário 2007, na qual consta o endereço do correntista situado na Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap. 34, Bairro do Brás, em São Paulo - SP;

- Boleto Bancário de fl. 30, emitido pelo Banco Sudameris, em 11 de agosto de 2008, no qual

consta que Evandro Nunes da Silva ainda tinha por endereço a Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap. 34, Bairro do Brás, em São Paulo - SP;

- Contrato de Locação de Imóvel residencial situado no aludido endereço, firmado entre o de cujus e o proprietário Antonio dos Santos Matheus Júnior, com vigência estipulada para o período de 23.06.2006 a 22.12.2008;

- Proposta de Seguro firmada com a empresa Porto Seguro, para o imóvel situado na Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap. 34, Bairro do Brás, em São Paulo - SP, com vigência fixada para o período de 23.06.2006 e 22.12.2008, na qual constam como inquilinos a parte autora e Evandro Nunes da Silva (fl. 66);

- Pedidos de Venda emitidos por Casas Bahia Comercial Ltda., em 08.12.2006 e, em 07.08.2007, nos quais constam o nome da parte autora e seu endereço situado na Rua Monsenhor Andrade, nº 36, ap 34, no Bairro do Brás, em São Paulo - SP.

Tais documentos constituem indicativo da coabitação e da convivência de ambos.

Em audiência realizada em 02 de março de 2016, foi inquirida a testemunha Expedita Alves de Souza (mídia audiovisual de fl. 119), que afirmou que seu local de trabalho estava situado na Rua Cavalheiro, no Brás, em São Paulo, sendo que a parte autora e Evandro Nunes da Silva moravam no mesmo prédio onde funcionava a sua empregadora. Dessa forma, veio a conhecê-los, já que diariamente os via e tinha a oportunidade de cumprimentá-los. Asseverou que, na sequência, eles se mudaram para um imóvel situado no mesmo bairro, na Rua Monsenhor Andrade. Acrescentou que sempre os via juntos com o filho deles, razão por que acreditava que eles formavam uma família. Afirmou ter vivenciado que o vínculo marital se estendeu até a data do falecimento, pois até algumas semanas que precederam o falecimento pode vê-los juntos no bairro.

Dessa forma, comprovada a união estável, se torna desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, § 4º da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação à companheira.

Em face de todo o explanado, a postulante faz jus ao benefício de pensão por morte, em decorrência do falecimento de Evandro Nunes da Silva.

Por ocasião da liquidação da sentença, deverá ser compensado o valor das parcelas auferidas em decorrência da antecipação da tutela.

CONSECTÁRIOS

TERMO INICIAL

O termo inicial do benefício de pensão por morte, segundo o art. 74 da Lei nº 8.213/91, com a nova redação vigente ao tempo do óbito, conferida pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, seria a data do óbito, caso fosse requerido até trinta dias após a sua ocorrência, ou na data em que fosse pleiteado, se transcorrido este prazo.

Na hipótese dos autos, no entanto, o benefício foi deferido administrativamente ao filho da parte autora, o qual esteve em vigor até o advento do limite etário, conforme faz prova o extrato do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV de fl. 18.

Dessa forma, o termo inicial deve ser mantido a contar da data em que o benefício cessou em relação ao filho, vale dizer, a partir de 25 de setembro de 2010, conforme foi fixado pela r. sentença recorrida.

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da

citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS*, apenas para ajustar os critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária. Os honorários advocatícios serão fixados por ocasião da liquidação do julgado, nos termos da fundamentação. *Mantenho a tutela concedida.*

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0011589-08.2016.4.03.0000
(2016.03.00.011589-1)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Réus: BRUNA DE JESUS DA SILVA E VINICIUS MATHEUS DE JESUS CAETANO (incapaz)
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
 Classe do Processo: AR 11231
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA DO INSS. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS. ANALOGIA *LEGIS* EM FAVOR DO MENOR SOB GUARDA. ARTS. 16, § 2º, DA LEI 8.213/91 (REDAÇÃO DA LEI 9.528/97), 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 33, § 3º, DA LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). VIOLAÇÃO DE LEI: DESCARACTERIZAÇÃO NA ESPÉCIE. DEPENDÊNCIA COMPROVADA. INDEVIDA A CONDENAÇÃO DO INSTITUTO NA MULTA DO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO RESCISÓRIA JULGADO IMPROCEDENTE.

- Razões favorecem a parte autora em duas frentes: primeiramente aplicação do princípio da vedação de retrocesso em direitos sociais e, em seguida, o argumento da analogia *legis*.

- Admite-se a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais, desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - “equivalente funcional”, um instituto que mantenha a vantagem, o benefício que auferia o titular do direito extinto. Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o princípio constitucional da Igualdade e da Justiça Social.

- Art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 (Lei 9.528/97) e art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90, à luz do art. 227 da Constituição Republicana de 1988: a redação atual do art. 16 sofre de lacuna axiológica, por não fazer menção expressa ao “menor sob guarda”. Essa lacuna é preenchida pela interpretação em consonância com a regra do ECA, e com isso temos que a norma protetora finda por dar assistência previdenciária ao menor seja qual for seu *status* jurídico. Com isso temos uma norma jurídica criada a partir de construção de sentido em dois textos de lei. Essa norma possui o seguinte alcance semântico, que finda por proteger: filho reconhecido (voluntária ou judicialmente), menor sob tutela, menor enteado e menor sob guarda. O que importa é, caracterizada a situação de dependência do infante, seja ele protegido pelas normas previdenciárias.

- Haja vista o conjunto probatório amealhado nos autos, demonstrada a dependência da parte ré em relação ao instituidor, falecido.

- Tanto o argumento de proibição no retrocesso em direitos sociais quanto o argumento hermenêutico (uso da analogia e de interpretação teleológico/sistemática) apontam em

uma direção firme: reconhecida a dependência econômica de menor sob guarda em relação a ex-segurado, como no caso *sub judice*, faz o infante jus ao reconhecimento de seu direito à pensão por morte.

- Indevida a condenação do Instituto na multa do § 4º do art. 1.021 do Estatuto de Ritos de 2015.

- Condenada a autarquia federal na verba honorária advocatícia de R\$ 1.000,00 (mil reais). Custas e despesas *ex vi legis*.

- Pedido formulado na ação rescisória julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de ação rescisória do INSS, de 22.06.2016, com pedido de antecipação da tutela “((...) para o fim de suspender a execução”), ajuizada com fulcro no art. 966, inc. V, do Código de Processo Civil/2015, contra pronunciamento da 7ª Turma desta Corte, de negativa de provimento a agravo que interpôs para atacar decisão que, reformando sentença de improcedência do pedido, deferiu pensão por morte do bisavô materno.

Em resumo, sustenta que:

(...)

Ajuizou o Réu, em 15/03/2011, a ação ordinária nº 0003308-57.2011.4.03.6105, distribuída à 8ª Vara Federal de Campinas - SP, pleiteando a concessão do benefício de pensão por morte, na condição de BISNETO sob guarda de seu BISAVÔ, JOSÉ MIRANDA, “para todos os fins e efeitos de direito, notadamente os de cunho previdenciário (...)” (fls. 104). O BISAVÔ faleceu em 30/04/2008, portanto, posteriormente à edição da MP nº 1.523 de 11/10/1996, convertida na Lei 9.528 de 10/12/1997.

Destaca-se que a “falta da qualidade de dependente para tutelado, enteado, pais e irmãos” foi o motivo do indeferimento administrativo (DER 12/05/2008), conforme se constata do comunicado de fls.51.

(...)

A decisão monocrática de fls. 213/214, reformou a sentença, para dar provimento à apelação dos autores e condenar o INSS a conceder-lhes o benefício de pensão por morte, a partir da data do óbito, sob o argumento de que, ainda que o artigo 19, §2º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.528/97, não contemple mais o menor sob guarda na relação de dependentes, ele pode ser abrangido pela expressão “menor tutelado” constante do referido dispositivo, de modo que faz jus também ao benefício. Negado provimento ao Agravo legal.

(...)

II - DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA NO PRESENTE CASO

(...)

A decisão rescindenda violou expressa disposição de lei já que concede prestação previdenciária na condição de dependente fora das hipóteses legalmente previstas pelo art. 16 da Lei n. 8.213/91.

(...)

A pretensão autoral encontra óbice na modificação introduzida no § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 pela Medida Provisória nº 1.523 e, após, pela Lei 9.528/97.

(...)

Ressalte-se, por seu turno, que qualquer alegação no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente garante à criança e ao adolescente sob guarda direitos previdenciários (art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90) não merecem prosperar por três razões:

. *Lex posterior revogat priori*: a Lei nº 9.528/97 é mais atual que a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

. *Lex specialis derogat legi generali*: a guarda a que se refere o ECA é para fins civis, não abrangendo direitos previdenciários em face do novel diploma.

. O ECA tem força de mera lei ordinária, podendo ser modificado pelo legislador infraconstitucional.

Cumpre-nos destacar que não há que se cogitar quanto a esta terceira hipótese o Princípio do Não-Retrocesso Social. O jurista Jorge Miranda, ao discorrer sobre o tema, não confere ao preceito a conotação exagerada pugnada por alguns. O legislador ordinário pode diminuir garantias levadas a cabo em regulamentação de princípios constitucionais programáticos, não sendo possível, entretanto, suprimi-los totalmente. Acrescente-se a isto estar o legislativo vinculado ao preceito programático do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência, pode o legislador retirar determinadas categorias da qualidade de dependente, para conferir maior efetividade na prestação previdenciária prevista em favor de outras categorias sociais.

(...)

CONCLUSÃO

Restou plenamente demonstrado que a parte Autora não faz jus ao que pretende, já que a legislação em vigor desde 1996 (antes do óbito do segurado), não lhe confere qualquer direito, vez que o menor sob guarda não faz parte do elenco dos dependentes da Previdência Social. Conclui-se, assim, que não reuniu a parte autora as condições necessárias para o deferimento do pedido, devendo ser ratificado o posicionamento da Autarquia na via administrativa.

(...)

V - DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer-se:

a) a antecipação dos efeitos da tutela, em caráter excepcional, para o fim de suspender a execução a título de atrasados do benefício judicial concedido, do julgado proferido nos autos do processo nº 003308-57.2011.4.03.6105, que tramita na 8ª Vara Federal de Campinas/SP, até a final decisão da ação rescisória; e

b) seja a ação ora proposta julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, para o fim de RESCINDIR o julgado anterior, prolatando-se nova decisão, com fiel observância dos dispositivos legais e constitucionais aqui apontados como violados, declarando-se a impossibilidade da concessão de pensão por morte a menor sob guarda, cujo óbito do pretendido instituidor tenha ocorrido após 11/10/1996, data da MP n. 1.523/96, convertida na Lei n. 9.528/97, indevidamente concedida pela decisão monocrática do TRF3.

(...).

Por tais motivos pretende a cumulação dos juízos *rescindens* e *rescisorium*, a par da dispensa do depósito do art. 968, inc. II, do CPC/2015.

Documentos, fls. 16-147.

Dispensado o depósito acima referido e indeferida a medida antecipatória (fls. 150-152).

Contestação com impugnação ao valor da causa (fls. 162-178).

Apresentado agravo interno pelo Instituto contra o *decisum* em voga (fls. 156-158).

Contrarrrazões ao recurso em comento, nas quais “Requer-se, ainda, em caso de rejeição unânime do presente Agravo a aplicação da multa contida no §4º do artigo 1021 do NCPC”.

Em 24.11.2016, a 3ª Seção desta Casa, à unanimidade, negou provimento ao agravo do ente público (fls. 223-231).

Determinado ao INSS se manifestasse acerca da contestação, inclusive quanto à irresignação sobre o valor da causa (fl. 236).

Réplica (fls. 237-244): “Os réus impugnaram o valor da causa. Sem razão. Nas ações rescisórias, o valor da causa não é o do proveito econômico porventura obtido pelo réu, mas o valor atualizado da causa originária, conforme precedentes da 3ª seção do TRF.”

Despacho, cuja conclusão reproduzo (fls. 246-248):

(...) Tendo sido arbitrado, como visto, o valor da causa primária em R\$ 62.937,23 (sessenta e dois mil, novecentos e trinta e sete reais e vinte e três centavos) e o da actio rescisória em R\$ 1.000,00 (mil reais), evidente o descompasso de um para com o outro, ensejando a procedência da impugnação em exame.

Por conseguinte, intime-se o ente público para que venha a adequar o valor da causa, segundo o estabelecido na presente decisão, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento da inicial (art. 321, parágrafo único).

Intimem-se. Publique-se.

Resposta do órgão previdenciário para estipular o valor da causa em R\$ 92.585,88 (noventa e dois mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e oitenta e oito centavos) (fl. 250).

Vista à parte ré, e, *ad cautelam*, ao Ministério Público Federal (fl. 252).

Decurso de prazo para a parte ré se manifestar (fl. 253).

Parquet Federal (fls. 254-262): “improcedência da ação rescisória”.

Saneador em que constou (fl. 268): “Consertado o valor da causa, sem qualquer irresignação, e havendo partes legítimas e representadas, dou o feito por saneado.”

Razões finais somente da parte ré (fls. 269 e 271-282).

Ministério Público Federal (fl. 284):

Tendo em vista que Vinícius Matheus de Jesus Caetano completou 18 anos em 10/03/2014 (fls. 40v) e que, portanto, não persiste interesse de incapaz a justificar a autuação do *Parquet* quanto ao mérito da lide, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo prosseguimento do feito sem a sua intervenção.

Trânsito em julgado: 13.07.2015 (fl. 146).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de demanda rescisória do INSS, ajuizada com fulcro no art. 966, inc. V, do Código de Processo Civil/2015, contra pronunciamento da 7ª Turma desta Corte, de negativa de provimento a agravo que interpôs para atacar decisão que, reformando sentença de improcedência do pedido, deferiu pensão por morte do bisavô materno.

1 - ART. 966, INC. V, CPC/2015

Sobre o inc. V do art. 966 do Caderno de Processo Civil de 2015, a doutrina faz conhecer que somente ofensa literal a dispositivo de lei configura sua ocorrência; ou, ainda, que se viola a norma não apenas quando se nega sua vigência, mas, igualmente, no momento em que se decide de forma inteiramente contrária ao que prescreve a regra teoricamente afrontada. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª ed., volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 608-609; BARIONI, Rodrigo. Ação Rescisória e Recursos para os Tribunais Superiores, Coordenação Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106-107)

Explicitamos, outrossim, a provisão censurada para fins didáticos (fls. 130 verso-131):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por BRUNA DE JESUS SILVA e VINICIUS MATHEUS DE JESUS CAETANO, representados por sua genitora, ANA MARIA DE JESUS DA SILVA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do óbito de seu bisavô materno.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenado a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressaltando-se, contudo, a concessão da Justiça Gratuita.

O autor interpôs apelação, alegando que preenche os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte.

Sem as contrarrazões, subiram os autos a esta E.Corte.

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso da parte autora.

É o sucinto relatório. Passo a decidir.

A matéria discutida nos autos comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Objetiva a autora o benefício da Pensão por Morte em decorrência do falecimento de seu bisavô JOSÉ MIRANDA, ocorrido em 30/04/2008, conforme certidão de óbito acostada às fls. 24.

Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.

No que tange à qualidade de segurado, cumpre observar que o de cujus era beneficiário de aposentadoria por idade desde 01/09/1990 até a data do óbito, conforme extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 66). Logo, resta comprovada a qualidade de segurado do falecido, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

Em relação à dependência econômica, observa-se que os autores se encontravam sob a guarda judicial do segurado falecido, consoante comprova a certidão de fls. 25 dos autos. Restou, ainda, corroborada a dependência econômica da parte autora em relação ao falecido pela prova testemunhal produzida nos autos (fls. 148/149). Com isso, ainda que o artigo 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, não contemple mais o menor sob guarda na relação de dependentes, ele pode ser abrangido pela expressão “menor tutelado” constante do referido dispositivo, de modo que faz jus também ao benefício. Nesse sentido, os seguintes julgados: AC 1596149, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 21.05.2013,

DJF3 29.05.2013; APELREEX nº 770822, Rel. Juiz Fed. Conv. Nilson Lopes, 10ª Turma, j. 18.12.2012, DJF3 09.01.2013; AC nº 1293531, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, 8ª Turma, j. 15.10.2012, DJF3 26.10.2012; AC 1203841, Rel. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira, 7ª Turma, j. 08.10.2012, DJF3 17.10.2012; AI 477107, Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Francisco, 7ª Turma, j. 13.08.2012, 22.08.2012; AC nº 1088219, Rel. Juiz Conv. Fernando Gonçalves, 7ª Turma, j. 16.02.2012, DJF3 08.03.2012; AC nº 2003.61.09.003452-3, Rel. Des. Fed. Leide Polo, 7ª Turma, j. 14.03.2011, DJF3 18.03.2011.

Assim, entendo que restou demonstrada a dependência econômica da parte autora em relação ao seu falecido bisavô e guardião, sendo-lhe devido o benefício de pensão por morte, a partir da data do óbito (30/04/2008), tendo em vista que não corre a prescrição contra menores, nos termos do disposto no art. 198, I, do Código Civil.

As parcelas vencidas deverão ser atualizadas 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 STJ e nº 08 desta Corte.

Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do disposto no art. 406 do Código Civil e no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado no art. 5º da Lei nº 11.960/2009. Acresça-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

Por fim, tendo em vista a inversão do ônus da sucumbência, condeno o INSS ao pagamento de honorários de advogado no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante entendimento firmado por esta Turma e em observância ao disposto no art. 20, §3º, do Código de Processo Civil e no enunciado da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO à apelação do autor, nos termos acima expostos.

Independentemente do trânsito em julgado, determino, com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil, a expedição de email ao INSS, instruído com os documentos dos beneficiários BRUNA DE JESUS SILVA e VINICIUS MATHEUS DE JESUS CAETANO para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do benefício de pensão por morte, com data de início - DIB em 30/04/2008 (data do óbito), e renda mensal a ser calculada de acordo com a legislação vigente.

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se. (g. n.)

No nosso modo de pensar, e com a *venia* dos eminentes pares que vierem a compreender a questão de forma diversa da nossa, não se evidencia, no caso dos autos, violação de dispositivo de lei.

Entendemos que razões favorecem a parte ré em duas frentes: primeiramente, aplicação do *princípio da vedação de retrocesso em direitos sociais* e o argumento da analogia *legis*.

1.1 - PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS

Esse é um dos temas mais atuais e interessantes no capítulo dos Direitos Fundamentais.

Vejamos, rapidamente, a lúcida observação que faz Ingo Wolfgang Sarlet, acerca da aplicação do Princípio da Proibição do *retrocesso*:

Que a proteção da confiança e a segurança jurídica de modo geral não se limitam às dimensões aqui exemplificativa e sumariamente referidas já foi devidamente anunciado. O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em

causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa - pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar - uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido “batizada” pela doutrina - entre outros termos utilizados - como proibição (ou vedação) de *retrocesso* e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.

Percebe-se que mesmo que não retroativas, medidas legislativas com caráter prospectivo (já que alcançam situações futuras, como na hipótese das obrigações sociais de PAS ainda por vencer) podem significar *retrocesso* em termos de justas expectativas criadas pelo legislador sobre direitos públicos subjetivos.

Um dos mais importantes juristas do século XX, Ronald Dworkin, sustenta que o Direito em muito se assemelha à Literatura. Como a Literatura, o Direito seria uma espécie de “romance em cadeia”, uma obra escrita a muitas mãos. Cada juiz, cada tribunal, estaria participando desse esforço coletivo, escrevendo capítulos sucessivos nessa empreitada normativa. Obras literárias possuem valor quando à história que narram podemos atribuir um sentido, um valor que confere qualidade ao texto. A imersão na narrativa que nos faz ver coisas que antes não víamos, ou sentir algo que nos faz, de alguma maneira, diferentes, às vezes melhor.

Usando essa analogia literária de Dworkin, podemos ver o subsistema dos Direitos Fundamentais como uma obra histórica coletiva, que vem se ampliando ao longo do mundo moderno, e ao qual podemos atribuir um sentido ao ler a história de sua caminhada dos Direitos Naturais, passando aos Direitos Morais não positivados e chegando hoje aos Direitos Fundamentais com foro de dignidade constitucional com plena e séria eficácia. Destarte, um dos sentidos que podemos, sem receio de exagerar, perceber nesse tema é da constante ampliação dos *Direitos Fundamentais*. Partiram desde a 1ª Dimensão (liberdades formais), passando por sucessivas dimensões que incorporaram direitos sociais e até direitos transindividuais e transnacionais. Assim, voltando às semelhanças entre o Direito e a Literatura, vemos como uma *má interpretação* dessa história admitir-se a retirada do mundo jurídico de direitos que são frutos de concretizações legislativas de Direitos Fundamentais. Essa história é ascendente, não descendente. Tem sentido de ampliação, não de restrição ou supressão.

Pois bem.

Recuperemos alguns capítulos da história recente dos Direitos Fundamentais de natureza Social, na leitura de nossa Suprema Corte. Com isso talvez possamos alcançar a direção a seguir, na inteligência do princípio de vedação ao *retrocesso* em Direitos Sociais. Veremos dois casos, que se reportam a inúmeros com a mesma natureza.

Direitos dos Necessitados à Defensoria Pública.

EMENTA: Defensoria Pública. Direito das pessoas necessitadas ao atendimento integral, na Comarca em que residem, pela Defensoria Pública. Prerrogativa fundamental comprometida por razões administrativas que impõem, às pessoas carentes, no caso, a necessidade de custoso deslocamento para comarca próxima onde a Defensoria Pública se acha mais bem estruturada. Ônus financeiro, resultante desse deslocamento, que não pode, nem deve, ser suportado pela população desassistida.

Imprescindibilidade de o Estado prover a Defensoria Pública local com melhor estrutura administrativa. Medida que se impõe para conferir efetividade à cláusula constitucional inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Fundamental da República. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “direito a ter direitos” como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias.

Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos Juízes e Tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de *retrocesso* social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso).

Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Gostaria de destacar o seguinte trecho desse notável voto:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual - consoante observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) - as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de *retrocesso* social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso.

É interessante notar que neste caso não se havia implementado e/ou se efetivado integralmente o Direito. Sob a perspectiva hermenêutica anterior, poder-se-ia, de forma conservadora, considerar a norma como de “eficácia programática” e com isso esvaziar de força normativa a norma constitucional. O STF deu plena eficácia ao preceito, como vimos no destaque, e foi claro em entender que haveria *retrocesso* abominável caso a norma remanescesse inerte no texto da Lei Maior.

Dever Estatal de Assistência Materno-Infantil

EMENTA: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS. DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796). A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (CF, ART. 227). A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE *RETROCESSO* SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE- LINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III). A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II). DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.

Nesse acórdão a Suprema Corte foi bastante explícita quanto ao alcance do princípio em questão. Vejamos o seguinte trecho do voto:

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento. Refiro-me ao princípio da proibição do *retrocesso*, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor.; INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in” Revista Público, p. 99, n. 12, 2001). Na realidade, a cláusula que proíbe o *retrocesso* em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira

dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese - de todo inócua na espécie - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Vale dizer, admite-se a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais, desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - “equivalente funcional”, um instituto que mantenha a vantagem, o benefício que auferia o titular do direito extinto (como exemplo lembramos a substituição da estabilidade no emprego pelo regime de FGTS). Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o princípio constitucional da Igualdade e da Justiça Social.

1.2 ANALOGIA LEGIS EM FAVOR DO MENOR SOB GUARDA

A então parte autora pretendeu a concessão de pensão por morte do bisavô, José Miranda, ocorrida em 30.04.2008 (fl. 38 verso).

No tocante à pensão por morte, a norma de regência do benefício observa a data do óbito, porquanto é o momento em que devem estar presentes todas condições necessárias e o dependente adquire o direito à prestação. O art. 74 da Lei 8.213/91 disciplina-a nos seguintes termos:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;
- II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
- III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

São, pois, seus requisitos: a relação de dependência do(a) pretendente para com o *de cujus* e a qualidade deste de segurado da Previdência Social, o último, satisfeito de maneira incontestada.

Quanto à relação de dependência, resenhe o art. 16 da Lei 8.213/91:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
§ 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.

Entretanto, o § 2º do dispositivo legal em evidência, originariamente, dispunha que:
“§ 2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o

enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.”

Ao compararmos as duas redações (a originária e a modificada pela MP 1.523/96) iremos notar que não houve mera supressão da expressão “o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda”, o que, caso houvesse, poderia evidenciar o desejo do legislador em retirar do rol dos dependentes do segurado o menor sob guarda. Houve nova redação de todo o parágrafo 2º, v. g., “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”.

Nota-se que o fundamento jurídico para a proteção tanto do enteado quanto do menor tutelado é a existência de dependência econômica em relação ao segurado. Ou seja, deve ser clara a relação de dependência econômica do menor e o reconhecimento por declaração do segurado desse vínculo nos órgãos do INSS.

Como a nova redação do parágrafo 2º não contemplou o menor sob guarda com a explícita proteção previdenciária que recebe o enteado e o tutelado, razoável *que se indague se subsiste o status de dependente do segurado ao menor que estivesse por ocasião do óbito sob sua guarda*.

Nesse passo, como vimos, o critério interpretativo linguístico (modalidade gramatical) pouco ajuda. Apenas estampa a lacuna do texto legal em relação ao ponto, já que - insistimos - não houve mera retirada do menor sob guarda entre aqueles menores protegidos, mas redefinição do texto do dispositivo, o que convida o intérprete a indagar da presença do menor sob guarda como equiparado a filho dependente. Os argumentos sistemático e teleológico nos ajudarão, pois nos levarão a colmatar essa lacuna mercê da analogia legis. Nesse sentido, vejamos interessantes anotações do renomado jurista espanhol García Amado:

(...)

El argumento literal vale, precisamente, para delimitar cuáles son las interpretaciones posibles de un término o expresión normativa, no para justificar la elección de una de ellas, si son varias. El argumento literal enmarca la interpretación, delimita el campo de juego de la interpretación, pero no resuelve la opción interpretativa, salvo si se trata de términos o expresiones con significado inequívoco o cuando el caso que se resuelve se inserta dentro del núcleo de significado de la norma o fuera de toda referencia posible de los términos y expresiones de esa norma. Revisemos todo esto con mayor detenimiento.

(...)

Las doctrinas iuspositivistas de la interpretación entienden que lo que con el argumento literal se marca es un límite irrebasable para la atribución de significado a una norma por el intérprete. Ese límite se deriva de las reglas de la semántica, la sintaxis y el uso actual del idioma. Con el argumento literal señalamos cuales son las interpretaciones posibles y delimitamos los significados entre los que el intérprete puede y debe escoger, sentando que no puede atribuir a la norma otro que resulte incompatible con la semántica o la sintaxis de los términos y enunciados de esa norma. Es decir, que aunque haya, por ejemplo, muy buenas razones finalísticas o de justicia o de defensa de algún valor moral para atribuirle a un león la condición de pájaro, si la norma dice “pájaros” no puede en modo alguno estar refiriéndose a leones y no se interpreta ni se aplica esa norma cuando el tratamiento que ella prevé para los pájaros se extiende a los leones. Si, por ejemplo, la norma dice que “Los pájaros y únicamente los pájaros están prohibidos en los zoológicos”, tal norma estaría excluyendo la prohibición para otros animales, para los que no sean pájaros. Aplicar la prohibición a los leones sería iucurrir en una decisión contra legem y al decidir así no se habría interpretado la norma

mencionada, sino que el aplicador habría creado otra contraria a aquella.

Las doctrinas iusmoralistas de la interpretación convierten el argumento de interpretación literal en um criterio más; o sea, en una de las referencias o pautas que el intérprete puede utilizar para atribuir contenido a un enunciado normativo, pero sólo uno más. Quiere decirse que también llaman interpretación a aquella asignación de significado a una norma para un caso en la que no se respeten los límites de la semántica, la sintaxis o el uso presente del término o expresión en cuestión. Que si, por ejemplo, el intérprete entiende que a efectos de esa norma y de las consecuencias que prevé, un león también es un pájaro, habría realizado igualmente una interpretación y la solución de ella derivada será correcta si la avala la justicia. Para los iusmoralistas, la regla suprema de la interpretación y aplicación del Derecho es la que impone el logro de la justicia para el caso o, al menos, la evitación de la injusticia grave para el asunto de que se trate. (GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Razonamiento Jurídico Y Argumentación, Nociones Introductorias, EOLAS ediciones, 2013, p. 131 e 134-135)

Os argumentos teleológico e sistemático prevalecem diante de intelecção literal.

O olhar constitucional já nos revela a determinação ao legislador para que em sua atividade normativa busque a proteção do menor (CF, art. 227). Positiva-se esse valor com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90).

O argumento sistemático exige que a leitura do art. 16 da Lei 8.213/91 - notadamente seu paragrafo segundo - seja feita em harmonia com paragrafo terceiro do art. 33 do ECA, que dispõe:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (...)

§ 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. (...).

Diríamos que a redação atual do art. 16 sofre de lacuna axiológica, por não fazer menção expressa ao “menor sob guarda”. Essa lacuna é preenchida pela interpretação em consonância com a regra do ECA, e com isso temos que a norma protetora finda por dar assistência previdenciária ao menor seja qual for seu “status” jurídico. Com isso temos uma norma jurídica criada a partir de construção de sentido em dois textos de lei. Essa norma possui o seguinte alcance semântico, que finda por proteger: filho reconhecido (voluntária ou judicialmente), menor sob tutela, menor enteadado e menor sob guarda. O que importa é, caracterizada a situação de dependência do infante, como no caso dos autos, seja ele protegido pelas normas previdenciárias.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça fixou, em sede de Recurso Especial Representativo da Controvérsia (art. 543-C, CPC/2015), orientação no sentido da que presentemente expressamos, *in litteris*:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227

DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração,

violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna).

8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3º), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.

9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

10. Recurso Especial do INSS desprovido.

(1ª Seção, REsp 1.411.258/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v. u., DJe 21.02.2018, Tema: 732)

Ainda:

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC DE 1973. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. EXISTÊNCIA DE OUTROS DEPENDENTES DE MESMA CLASSE. LITISCONSORTES NECESSÁRIOS (ART. 47 DO CPC DE 1973). VIOLAÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA NÃO OBJETO DA DECISÃO RESCINDENDA. PENSÃO POR MORTE CONCEDIDA A MENOR SOB GUARDA. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1 - Verifica-se que a r. sentença enfrentou todas as alegações trazidas pelas partes, concluindo pela procedência do pedido de concessão do benefício de pensão por morte. Ocorre que, somente após o trânsito em julgado da r. sentença, verificou-se que o filho do de cujus, Luiz Fernando Batistuti G. de Carvalho obteve administrativamente o benefício de pensão por morte desde 02/03/2009.

2 - Tendo em vista que o Sr. Luis Fernando Batistuti G. de Carvalho era beneficiário da pensão por morte decorrente do óbito de Defino Galdino de Carvalho, a princípio, deveria ter integrado a lide originária na condição de litisconsórcio passivo necessário, visto que a procedência do pedido da parte ré traria reflexos no seu benefício, nos termos do que dispunha o artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente à época do ajuizamento da ação originária). Contudo, no presente caso, não há que se falar em violação ao artigo 47 do CPC de 1973, pois em nenhum momento na ação subjacente foi mencionado pelo INSS acerca da existência de outro dependente do falecido, beneficiário de pensão por morte, não obstante a própria Autarquia ter concedido o referido benefício em 02/03/2009.

3 - Conclui-se que a ausência de citação do litisconsorte necessário foi causada pelo próprio INSS, ao deixar de informar ao Juízo sobre a concessão da pensão por morte ao outro herdeiro habilitado, dado sobre o qual tinha inequívoca ciência, conforme se infere dos extratos do sistema CNIS/DATAPREV. Desse modo, não pode o INSS pretender beneficiar-se da sua própria conduta omissa para anular o julgado e prejudicar a ré, que de boa-fé ajuizou ação objetivando a concessão do benefício de pensão por morte.

4 - *In casu*, o v. acórdão rescindendo reconheceu o direito à concessão do benefício postulado pela parte ré, única e exclusivamente porque entendeu que, não obstante o menor sob guarda ter sido excluído do rol de dependentes do segurado da Previdência Social, com a nova redação

dada ao artigo 16, §2º, da Lei nº 8.213/1991 pela Lei nº 9.528/1997, a sua situação se assemelha à do filho, tutelado e enteado, aos quais é assegurado o direito à pensão por morte. Aliás, tal entendimento encontra respaldo em farta jurisprudência do C. STJ.

5 - Não padece de ilegalidade a decisão que, baseada na análise do conjunto probatório e na persuasão racional do julgador, conclui pela satisfação das condições necessárias à concessão do benefício de pensão por morte. Cumpre observar que o entendimento é lastreado em ampla jurisprudência, a resultar na constatação de que se atribuiu à lei interpretação razoável. Ademais, como já decidido reiteradamente pela egrégia Terceira Seção desta Corte, a discussão sobre o reconhecimento do menor sob guarda como dependente para fins de pensão por morte esbarra na Súmula 343/STF, que estatui que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

6 - Ação Rescisória improcedente.

(TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AR 7650, proc. 0029368-83.2010.4.03.0000, rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, v. u., e-DJF3 03.04.2017)

Outrossim, observamos que a norma de regência da pensão por morte corresponde à ocasião do passamento, momento este em que devem estar presentes todas condições necessárias e o dependente adquire o direito à prestação.

A propósito, a Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 340. A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

É certo que o óbito ocorreu em 30.04.2008, conforme certidão de fl. 38 verso.

Referentemente à qualidade de segurado obrigatório do sistema previdenciário, restou provada, a teor do documento de fl. 51, segundo o qual o *de cujus* era beneficiário de aposentadoria por idade, desde 01.09.1990, situação que perdurou até a morte.

Sobre a dependência econômica, no específico caso dos autos, notamos, às fls. 74-75, sentença do Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Campinas, São Paulo, prolatada no processo nº 1.675/02 (de 14.07.2003), de que:

VISTOS. ETC.

JOSÉ MIRANDA formulou o presente pedido de concessão de GUARDA JUDICIAL de seus bisnetos Bruna de Jesus da Silva e Vinicius Matheus de Jesus Caetano, alegando, em síntese, que estes últimos são filhos de sua filha Ana Maria de Jesus da Silva, residindo todos em sua residência já de longa data, sendo ele o responsável pelo sustento de toda a prole.

Todavia, necessita ele regularizar oficialmente tal situação porque, sendo aposentado e recebendo os benefícios da previdência social, deseja obter a guarda judicial dos menores a fim de poder incluí-los como seus dependentes perante o INSS.

Em anexo à inicial foram juntados os documentos de fls. 05/17.

Por solicitação do Digno Órgão do Ministério Público (fls. 19), foi providenciada a realização de estudo social junto à família do autor, estando os resultados consubstanciados no laudo de fls. 34/37.

Em sua douta manifestação de fls. 41/43, o Digno Órgão do Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.

É o relatório.

FUNDAMENTO e DECIDO.

O pedido merece ser acolhido.

Com efeito, o laudo psicossocial de fls. 41/43 demonstrou que os menores se encontram bem integrados na residência e no cotidiano do bisavô materno, que lhes provê adequadamente o sustento e a educação.

Por sua vez, os pais biológicos das crianças não se opuseram ao pleito deduzido na inicial, uma vez que declararam por escrito que concordam plenamente que a guarda dos infantes seja confiada ao ascendente em questão, conforme se vê pelo teor dos documentos de fls. 12 e 13. Ante o exposto, DEFIRO o pedido constante da inicial, e o faço para determinar que a guarda dos menores Bruna de Jesus da Silva e Vinicius Matheus de Jesus Caetano seja confiada por prazo indeterminado ao bisavô materno José Miranda para todos os fins e efeitos de direito, notadamente os de cunho previdenciário, a fim de que eles possam ser incluídos como seus dependentes perante o INSS e passem a receber os benefícios previdenciários a que fizerem jus, nos expressos termos do artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 8.069/90 (ECA). (g. n.)

Já à fl. 76 verso, encontramos “Termo de Guarda Definitiva”, este confeccionado em 29.09.2003, portanto quase cinco anos antes do falecimento do bisavô da parte ré.

Salientamos, ainda, que foram ouvidas duas testemunhas acerca da condição dos réus de dependentes.

Vera Lúcia Aparecida Pinheiro afirmou que (fl. 98):

conheceu os autores bem como o bisavô Jose Miranda há mais de dez anos, freqüentando a mesma igreja evangélica no Bairro Jardim São Francisco. Disse que os bisnetos moravam com o Sr. Jose Miranda, que os levava para todos os lugares e deles cuidava, sempre com carinho e dedicação, referindo-se a eles como filhos.

Gilson Aparecido Alves asseverou que (fl. 98 verso):

que conheceu Bruna e Vinícius há muito tempo, quando ainda era (sic) crianças e freqüentavam a mesma igreja, Quadrangular, no Jardim São Fernando. Que na época Vinícius era de colo, mas ali comparecia na companhia de Jose Miranda, juntamente com Bruna. Pelo que sabe, os autores residiam com Jose Miranda, que os levava à igreja, à escola e deles cuidava como se filhos fossem. Não conheceu o pai e quanto à mãe, sabe que houve problema de saúde, sem, contudo conhecer os detalhes. Que não época (sic), somente Jose Miranda cuidava deles.

O fato de Walter Domingos da Silva, pai de Bruna de Jesus da Silva (fl. 40), possuir vínculos empregatícios, consoante “CNIS” de fl. 59, aparentemente juntado pela autarquia federal quando da apresentação da sua contestação no processo primigênio, não nos impressiona.

Os testigos esclareceram que os menores residiam com o bisavô, que deles cuidava como se filhos fossem.

Gilson Aparecido foi ainda mais contundente ao informar, de maneira taxativa, que “não conheceu o pai”.

Sob outro aspecto, a circunstância - execução de labuta - não implica, necessariamente, qualquer contribuição para com a filha, seja afetiva ou economicamente, o mesmo valendo para o genitor de Vinicius Matheus de Jesus Caetano, não existindo, aliás, qualquer prova nesse sentido no vertente pleito.

Quanto à mãe de Bruna e de Vinícius, à época da defunção do instituidor (bisavô), como visto, ocorrida em 30.04.2008, estava a perceber R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais), de acordo com pesquisa “CNIS - Extrato Previdenciário”, de 29.05.2018, “Nit: 1.241.057.829-4”,

isto é, um salário mínimo (Lei 11.709/08), não havendo, uma vez mais, evidências de que se encontrava a prover os descendentes com o que auferia.

CONCLUSÃO

Em síntese: tanto o argumento de proibição no retrocesso em direitos sociais quanto o argumento hermenêutico (uso da analogia e de interpretação teleológico/sistemática) apontam em uma direção firme: reconhecida a dependência econômica de menor sob guarda em relação a ex-segurado, como no caso *sub judice*, faz o infante jus ao reconhecimento de seu direito à pensão por morte.

Finalmente, no que concerne à condenação da autarquia federal na multa do § 4º do art. 1.021 do Estatuto de Ritos de 2015, não considero a medida razoável.

Não é desconhecido o fato de que o tema em epígrafe, concessão de pensão por morte a menor sob guarda, até bem pouco tempo atrás, não era pacífico, inclusive na 3ª Seção.

Lembro, *ad exemplum*, os Embargos Infringentes 1449883, proc. 0002634-70.2007.4.03.6121, de minha Relatoria, decididos em 02.06.2016, por maioria de votos.

Sob outro aspecto, o ente previdenciário, referentemente aos bens que lhe são tutelados - indisponíveis -, não goza de discricionariedade, sendo dever de ofício recorrer das decisões que lhes são desfavoráveis, com vistas à salvaguarda do direito da coletividade.

Para além, impor-lhe a multa em testilha implica onerar o erário, que, ao contrário, deve ser protegido para o bem de todo sistema da seguridade social.

3 - DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória. Condenada a autarquia federal na verba honorária advocatícia de R\$ 1.000,00 (mil reais). Custas e despesas *ex vi legis*.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO:

Trata-se de ação rescisória proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de BRUNA DE JESUS SILVA e VINICIUS MATHEUS DE JESUS CAETANO, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/73, objetivando desconstituir acórdão proferido pela 7ª Turma deste e. Tribunal, a fim de que seja julgado improcedente o pleito de concessão de pensão decorrente do óbito de seu avô, a quem sua guarda lhe havia sido atribuída. Requereu, ainda, a condenação dos réus na devolução dos valores recebidos por força do julgado rescindendo.

Alegou violação à literal disposição do artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, com a alteração imposta pela Lei nº 9.528/97, que deixou de prever no rol de dependentes do segurado os menores sob guarda. Aduziu que, “na guarda, os pais do menor estão vivos e em pleno exercício do pátrio poder”, remanescendo a dependência em relação a seus pais no caso de falecimento de seus guardiões.

Em seu voto, apresentado na sessão de 14.06.2018, o digníssimo Relator, Desembargador Federal David Dantas, em juízo rescindendo, julgou improcedente o pedido formulado nesta ação rescisória (fls. 299-308), nos seguintes termos:

[...] No nosso modo de pensar, e com a venia dos eminentes pares que vierem a compreender a questão de forma diversa da nossa, não se evidencia, no caso dos autos, violação de dispositivo de lei.

Entendemos que razões favorecem a parte ré em duas frentes: primeiramente, aplicação do princípio da vedação de retrocesso em direitos sociais e o argumento da analogia legis. [...] Vale dizer, admite-se a revogação de leis instituidoras de Direitos Sociais, desde que se mantenha, ou seja criado um - para usar uma linguagem da teoria dos sistemas - “equivalente funcional”, um instituto que mantenha a vantagem, o benefício que auferia o titular do direito extinto (como exemplo lembramos a substituição da estabilidade no emprego pelo regime de FGTS). Sem políticas compensatórias (equivalentes funcionais) proíbe-se a retirada de direitos conferidos pela lei ao concretizar o princípio constitucional da Igualdade e da Justiça Social. [...]

Entretanto, o § 2º do dispositivo legal em evidência [art. 16 da Lei 8.213/91], originariamente, dispunha que: “§ 2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.”

Ao compararmos as duas redações (a originária e a modificada pela MP 1.523/96) iremos notar que não houve mera supressão da expressão “o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda”, o que, caso houvesse, poderia evidenciar o desejo do legislador em retirar do rol dos dependentes do segurado o menor sob guarda. Houve nova redação de todo o parágrafo 2º, v. g., “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”.

Nota-se que o fundamento jurídico para a proteção tanto do enteado quanto do menor tutelado é a existência de dependência econômica em relação ao segurado. Ou seja, deve ser clara a relação de dependência econômica do menor e o reconhecimento por declaração do segurado desse vínculo nos órgãos do INSS.

Como a nova redação do parágrafo 2º não contemplou o menor sob guarda com a explícita proteção previdenciária que recebe o enteado e o tutelado, razoável que se indague se subsiste o status de dependente do segurado ao menor que estivesse por ocasião do óbito sob sua guarda. Nesse passo, como vimos, o critério interpretativo linguístico (modalidade gramatical) pouco ajuda. Apenas estampa a lacuna do texto legal em relação ao ponto, já que - insistimos - não houve mera retirada do menor sob guarda entre aqueles menores protegidos, mas redefinição do texto do dispositivo, o que convida o intérprete a indagar da presença do menor sob guarda como equiparado a filho dependente. Os argumentos sistemático e teleológico nos ajudarão, pois nos levarão a colmar essa lacuna mercê da analogia legis. [...]

Os argumentos teleológico e sistemático prevalecem diante de interpretação literal.

O olhar constitucional já nos revela a determinação ao legislador para que em sua atividade normativa busque a proteção do menor (CF, art. 227). Positiva-se esse valor com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90).

O argumento sistemático exige que a leitura do art. 16 da Lei 8.213/91 - notadamente seu parágrafo segundo - seja feita em harmonia com parágrafo terceiro do art. 33 do ECA [...]

Diríamos que a redação atual do art. 16 sofre de lacuna axiológica, por não fazer menção expressa ao “menor sob guarda”. Essa lacuna é preenchida pela interpretação em consonância com a regra do ECA, e com isso temos que a norma protetora finda por dar assistência previdenciária ao menor seja qual for seu “status” jurídico. Com isso temos uma norma jurídica criada a partir de construção de sentido em dois textos de lei. Essa norma possui o seguinte alcance semântico, que finda por proteger: filho reconhecido (voluntária ou judicialmente), menor sob tutela, menor enteado e menor sob guarda. O que importa é, caracterizada a situação de dependência do infante, como no caso dos autos, seja ele protegido pelas normas previdenciárias.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça fixou, em sede de Recurso Especial Representativo da Controvérsia (art. 543-C, CPC/2015), orientação no sentido da que presentemente expressamos [...]

É certo que o óbito ocorreu em 30.04.2008, conforme certidão de fl. 38 verso.

Referentemente à qualidade de segurado obrigatório do sistema previdenciário, restou provada, a teor do documento de fl. 51, segundo o qual o de cujus era beneficiário de aposentadoria por idade, desde 01.09.1990, situação que perdurou até a morte.

Sobre a dependência econômica, no específico caso dos autos, notamos, às fls. 74-75, sentença do Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Campinas, São Paulo, prolatada no processo nº 1.675/02 (de 14.07.2003), de que:

“VISTOS. ETC.

JOSÉ MIRANDA formulou o presente pedido de concessão de GUARDA JUDICIAL de seus bisnetos Bruna de Jesus da Silva e Vinicius Matheus de Jesus Caetano, alegando, em síntese, que este últimos são filhos de sua filha Ana Maria de Jesus da Silva, residindo todos em sua residência já de longa data, sendo ele o responsável pelo sustento de toda a prole.

Todavia, necessita ele regularizar oficialmente tal situação porque, sendo aposentado e recebendo os benefícios da previdência social, deseja obter a guarda judicial dos menores a fim de poder incluí-los como seus dependentes perante o INSS.

Em anexo à inicial foram juntados os documentos de fls. 05/17.

Por solicitação do Digno Órgão do Ministério Público (fls. 19), foi providenciada a realização de estudo social junto à família do autor, estando os resultados consubstanciados no laudo de fls. 34/37.

Em sua douta manifestação de fls. 41/43, o Digno Órgão do Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.

É o relatório.

FUNDAMENTO e DECIDO.

O pedido merece ser acolhido.

Com efeito, o laudo psicossocial de fls. 41/43 demonstrou que os menores se encontram bem integrados na residência e no cotidiano do bisavô materno, que lhes provê adequadamente o sustento e a educação.

Por sua vez, os pais biológicos das crianças não se opuseram ao pleito deduzido na inicial, uma vez que declararam por escrito que concordam plenamente que a guarda dos infantes seja confiada ao ascendente em questão, conforme se vê pelo teor dos documentos de fls. 12 e 13. Ante o exposto, DEFIRO o pedido constante da inicial, e o faço para determinar que a guarda dos menores Bruna de Jesus da Silva e Vinicius Matheus de Jesus Caetano seja confiada por prazo indeterminado ao bisavô materno José Miranda para todos os fins e efeitos de direito, notadamente os de cunho previdenciário, a fim de que eles possam ser incluídos como seus dependentes perante o INSS e passem a receber os benefícios previdenciários a que fizerem jus, nos expressos termos do artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 8.069/90 (ECA).” (g. n.)

Já à fl. 76 verso, encontramos “Termo de Guarda Definitiva”, este confeccionado em 29.09.2003, portanto quase cinco anos antes do falecimento do bisavô da parte ré.

Salientamos, ainda, que foram ouvidas duas testemunhas acerca da condição dos réus de dependentes.

Vera Lúcia Aparecida Pinheiro afirmou que (fl. 98):

“conheceu os autores bem como o bisavô Jose Miranda há mais de dez anos, freqüentando a mesma igreja evangélica no Bairro Jardim São Francisco. Disse que os bisnetos moravam com o Sr. Jose Miranda, que os levava para todos os lugares e deles cuidava, sempre com carinho e dedicação, referindo-se a eles como filhos.”

Gilson Aparecido Alves asseverou que (fl. 98 verso):

“que conheceu Bruna e Vinicius há muito tempo, quando ainda era (sic) crianças e freqüentavam a mesma igreja, Quadrangular, no Jardim São Fernando. Que na época Vinicius era de

colo, mas ali comparecia na companhia de Jose Miranda, juntamente com Bruna. Pelo que sabe, os autores residiam com Jose Miranda, que os levava à igreja, à escola e deles cuidava como se filhos fossem. Não conheceu o pai e quanto à mãe, sabe que houve problema de saúde, sem, contudo conhecer os detalhes. Que não época (sic), somente Jose Miranda cuidava deles”. O fato de Walter Domingos da Silva, pai de Bruna de Jesus da Silva (fl. 40), possuir vínculos empregatícios, consoante “CNIS” de fl. 59, aparentemente juntado pela autarquia federal quando da apresentação da sua contestação no processo primigênio, não nos impressiona. Os testigos esclareceram que os menores residiam com o bisavô, que deles cuidava como se filhos fossem.

Gilson Aparecido foi ainda mais contundente ao informar, de maneira taxativa, que “não conheceu o pai”.

Sob outro aspecto, a circunstância - execução de labuta - não implica, necessariamente, qualquer contribuição para com a filha, seja afetiva ou economicamente, o mesmo valendo para o genitor de Vinicius Matheus de Jesus Caetano, não existindo, aliás, qualquer prova nesse sentido no vertente pleito.

Quanto à mãe de Bruna e de Vinicius, à época da defunção do instituidor (bisavô), como visto, ocorrida em 30.04.2008, estava a perceber R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais), de acordo com pesquisa “CNIS - Extrato Previdenciário”, de 29.05.2018, “Nit: 1.241.057.829-4”, isto é, um salário mínimo (Lei 11.709/08), não havendo, uma vez mais, evidências de que se encontrava a prover os descendentes com o que auferia.

CONCLUSÃO

Em síntese: tanto o argumento de proibição no retrocesso em direitos sociais quanto o argumento hermenêutico (uso da analogia e de interpretação teleológico/sistemática) apontam em uma direção firme: reconhecida a dependência econômica de menor sob guarda em relação a ex-segurado, como no caso sub judice, faz o infante jus ao reconhecimento de seu direito à pensão por morte. [...]

Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória. Condenada a autarquia federal na verba honorária advocatícia de R\$ 1.000,00 (mil reais). Custas e despesas *ex vi legis*. (grifo no original)

Pedi vista dos autos para uma análise mais detida do caso, haja vista que na presente rescisória se discute pensão requerida por menor sob guarda de falecido segurado.

Na ação subjacente, representados por sua mãe, Ana Maria de Jesus da Silva, os menores B.J.S., filha de Walter Domingos da Silva (fl. 40), e V.M.J.C., filho de João Batista Caetano (fl. 40v), postularam a concessão de pensão em razão do falecimento, em 30.04.2008 (fl. 38v), de seu avô materno, José Miranda, a quem fora concedida a guarda definitiva dos menores, conforme sentença prolatada em 14.07.2003 (fl. 39v).

Em contestação (fls. 55-60), a autarquia, entre outros fundamentos, argumentou que, assim como a mãe dos menores, o genitor de cada um deles se encontrava trabalhando, razão pela qual não se configurava, para fins previdenciários, dependência econômica em relação ao guardião.

Foram ouvidas testemunhas, em 24.10.2012 (fl. 98):

Testemunha Vera Lúcia Aparecida Pinheiro: “conheceu os autores bem como o bisavô Jose Miranda há mais de dez anos, freqüentando a mesma igreja evangélica no Bairro Jardim São Francisco. Disse que os bisnetos moravam com o Sr. Jose Miranda, que os levava para todos os lugares e deles cuidava, sempre com carinho e dedicação, referindo-se a eles como filhos.”

Gilson Aparecido Alves: “que conheceu Bruna e Vinicius há muito tempo, quando ainda era (sic) crianças e freqüentavam a mesma igreja, Quadrangular, no Jardim São Fernando. Que na época Vinicius era de colo, mas ali comparecia na companhia de Jose Miranda, juntamente

com Bruna. Pelo que sabe, os autores residiam com Jose Miranda, que os levava à igreja, à escola e deles cuidava como se filhos fossem. Não conheceu o pai e quanto à mãe, sabe que houve problema de saúde, sem, contudo conhecer os detalhes. Que não (sic) época, somente Jose Miranda cuidava deles.”

Em 1ª Instância, o pleito foi julgado improcedente (fls. 107-108), sentença reformada no 2º grau de jurisdição, dando-se provimento à apelação da parte autora para julgar procedente o pedido, conforme decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Toru Yamamoto (fls. 130v-131):

[...] Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.

No que tange à qualidade de segurado, cumpre observar que o de cujus era beneficiário de aposentadoria por idade desde 01/09/1990 até a data do óbito, conforme extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 66). Logo, resta comprovada a qualidade de segurado do falecido, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

Em relação à dependência econômica, observa-se que os autores se encontravam sob a guarda judicial do segurado falecido, consoante comprova a certidão de fls. 25 dos autos. Restou, ainda, corroborada a dependência econômica da parte autora em relação ao falecido pela prova testemunhal produzida nos autos (fls. 148/149). Com isso, ainda que o artigo 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, não contemple mais o menor sob guarda na relação de dependentes, ele pode ser abrangido pela expressão “menor tutelado” constante do referido dispositivo, de modo que faz jus também ao benefício. Nesse sentido, os seguintes julgados: AC 1596149, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 21.05.2013, DJF3 29.05.2013; APELREEX nº 770822, Rel. Juiz Fed. Conv. Nilson Lopes, 10ª Turma, j. 18.12.2012, DJF3 09.01.2013; AC nº 1293531, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, 8ª Turma, j. 15.10.2012, DJF3 26.10.2012; AC 1203841, Rel. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira, 7ª Turma, j. 08.10.2012, DJF3 17.10.2012; AI 477107, Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Francisco, 7ª Turma, j. 13.08.2012, 22.08.2012; AC nº 1088219, Rel. Juiz Conv. Fernando Gonçalves, 7ª Turma, j. 16.02.2012, DJF3 08.03.2012; AC nº 2003.61.09.003452-3, Rel. Des. Fed. Leide Polo, 7ª Turma, j. 14.03.2011, DJF3 18.03.2011.

Assim, entendo que restou demonstrada a dependência econômica da parte autora em relação ao seu falecido bisavô e guardião, sendo-lhe devido o benefício de pensão por morte, a partir da data do óbito (30/04/2008), tendo em vista que não corre a prescrição contra menores, nos termos do disposto no art. 198, I, do Código Civil. [...] (grifo nosso)

Ao agravo interposto pela autarquia foi negado provimento, conforme acórdão proferido pela 7ª Turma desta Corte (fls. 142v-144), nos termos do voto do Relator, no sentido de que “as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida”.

Sem interposição de outros recursos pelas partes, foi certificado o trânsito em julgado ocorrido em 13.07.2015 (fl. 146).

Há, aqui, que se ponderar a proteção constitucional conferida tanto a crianças e adolescentes, quanto à seguridade social.

Não se olvida que o artigo 33, § 3º, do ECA (Lei nº 8.069/90) confere ao menor sob guarda, inclusive para fins previdenciários, a qualidade de dependente; contudo, deve se manter em vista o fato de que o requisito legal, para a finalidade de se determinar a qualidade de dependente no âmbito do RGPS, é a situação de dependência econômica em relação ao segurado (artigo 16, §§ 2º e 4º, da LBPS), o que, no caso do menor sob guarda, deve ser avaliada também

quanta à ausência de capacidade dos pais do menor para prover sua assistência material, eis que ilegítima a tentativa de transmissão ao Estado, na condição de representante da coletividade, do dever legal de prover o sustento dos filhos (artigo 1.697 do CC).

Aliás, a concessão de guarda aos avós, quando vivo(s) algum(s) do(s) pais, seria excepcionalíssima, e somente nos casos justificados por lei, pois o pátrio poder - e as obrigações a ele inerentes - é irrenunciável. Neste sentido, confira-se:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DEVER IRRENUNCIÁVEL E INDELEGÁVEL. DESTITUIÇÃO. CONSENTIMENTO DA MÃE. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 392 DO CÓDIGO CIVIL. CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ADOÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. SEGURANÇA JURÍDICA. INTERESSES DO MENOR. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O pátrio poder, por ser “um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoas e bens dos filhos menores” é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia.

II - As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no art. 392 do Código Civil e as de destituição no 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nos arts. 155/163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma.

III - A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder” (art. 23 do mesmo diploma)

IV - Na linha de precedente desta Corte, “a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese”.

V - Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor.

(STJ, 4ª Turma, REsp 158920, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.05.1999)

A aplicação de tal entendimento procede-se mediante a verificação fática da dependência econômica do menor sob guarda, uma vez que os comandos legais em comento não estão a colidir, senão a trazer equilíbrio jurídico à relação intersubjetiva que se estabelece entre o menor e o Instituto Autárquico, visto que ambos são detentores de direitos indisponíveis.

Dessa forma, o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o § 2º do art. 16 da Lei de Benefícios, com redação alterada pela Lei 9.528/97, não discrepam na essência, embora o enfoque teleológico de cada dispositivo seja diverso. Ou seja, enquanto ambas as normas encontram seu nascedouro nos princípios constitucionais de proteção à Ordem Social, é certo que o art. 33 da Lei 8.069/90, tem sua tônica na tutela dos interesses do menor, enquanto o § 2º do art. 16 da Lei de Benefícios ressalta a necessidade de verificação de dependência econômica, a fim de não a ter por presumida.

Nesse sentido, aliás, formou-se tese, em sede de julgamento de recurso representativo de controvérsia, pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, *comprovada a sua dependência econômica*, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da medida provisória 1.523/96, reeditada e convertida na lei 9.528/97. funda-se essa

conclusão na qualidade de lei especial do estatuto da criança e do adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

(STJ, 1ª Seção, REsp 1411258, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.10.2017, DJe 21.02.2018). [grifo nosso]

Quanto ao ponto da necessária comprovação da dependência econômica, asseverou o i. relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto condutor:

[...] Deve ser exigida, porém, como requisito à concessão do benefício, a comprovação da dependência econômica, em relação ao falecido segurado, em similitude com o que se exige do enteado e do menor sob tutela, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91. Essa exigência, por certo, pode evitar eventuais abusos, pois, se apesar da guarda, restar comprovado que o menor não dependia economicamente do instituidor da pensão, não deverá ser concedido o benefício. [...]. (grifo nosso)

Portanto, mister se faz análise individualizada de cada situação fática, no intuito de se adequar à legislação aplicável.

Cabe ressaltar que o INSS, na inicial desta demanda rescisória, alegou a violação de lei não apenas por força da alteração promovida pela Lei nº 9.528/97 no rol de dependentes dos segurados, excluindo da redação do § 2º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, o menor sob guarda, mas, também, porque tanto a mãe, como o pai de cada um dos menores, encontram-se vivos. Aliás, questão igualmente deduzida em sede de contestação à demanda subjacente, na qual juntou aos autos extratos do CNIS comprovando que a mãe e os pais de cada um dos menores se encontravam (como, aliás, ainda se encontram) empregados e poderiam prover o sustento de seus filhos.

Quanto ao ponto, eis os dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (em anexo):

- Ana Maria de Jesus da Silva, mãe dos menores: à época do óbito exercia atividade de empregada doméstica (desde 01.09.2000, vínculo posteriormente encerrado, em 31.03.2010), percebendo um salário mínimo. Atualmente (e desde 01.10.2017), é empregada de Cassa Vida Nova de Campinas Ltda., recebendo salário de cerca de R\$ 1.200,00.

- Walter Domingos da Silva, pai de B.J.S.: à época do óbito (e desde 02.02.2005) era empregado de Gocil Serviços Gerais Ltda., recebendo salário de cerca de R\$ 500,00. Atualmente (e desde 02.04.2015), é empregado de Souza Lima Terceirizações Ltd., recebendo salário em torno de R\$ 1.300,00.

- João Batista Caetano, pai de V.M.J.C.: desde 01.02.1998 é empregado do Condomínio Edifício Avignon. Seu salário à época do óbito era de cerca de R\$ 1.000,00 e, atualmente, está em torno de R\$ 2.800,00.

Observa-se que a mãe dos menores e seus respectivos pais tanto à época do óbito, como ainda hoje, possuem condições de prover o sustento de seus filhos.

Repiso, a concessão de guarda não desobriga os genitores dos menores das obrigações inerentes a seu pátrio poder, de sorte que, ainda que sob os cuidados do guardião, os menores tem o direito de ter alimentos prestados por seus genitores.

Não é demais lembrar que o instituto de guarda não implica mera assistência material, mas, também, moral e educacional.

Portanto, a avaliação sobre a necessidade de acolhimento do menor aos cuidados de

guardião não se limita à capacidade econômica dos genitores de proverem o sustento material de seus filhos.

De outro lado, a comprovação de dependência econômica perpassa tão somente sob o aspecto material. Vale dizer, se os genitores (pai e mãe) do menor sob guarda, os quais tem o dever legal de prestar alimentos, possuem condições econômicas de fazê-lo, tal como claramente se verifica no caso concreto, não se caracteriza efetiva dependência econômica dos menores em relação ao guardião.

Além de não ser possível simplesmente ignorar que o pai de cada um dos menores recebia remuneração, a questão do valor da remuneração percebida apenas pela genitora (um salário mínimo, à época do óbito) também não poderia servir de argumento para se decidir de forma diversa, eis que, *in casu*, se está a tratar de benefício previdenciário, e não assistencial.

E mesmo que assim não fosse, não me parece seja possível, em interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, utilizar-se o Regime Geral Previdenciário para substituir dever legal imposto aos pais, de manutenção dos filhos. Aliás, esta foi a razão da alteração legislativa imprimida pelo legislador ordinário.

Entendo que ao avaliar a situação de dependência econômica apenas por força da condição de guarda incorreu o julgado rescindendo em violação direta o disposto no artigo 16, § 2º e 4º, da LBPS.

Em *iudicium rescindens*, portanto, imperativa a procedência da presente rescisória.

Consequentemente e considerando o quanto supra exposto, não restando maiores dilações a respeito do tema, em *iudicium rescisorium*, é de rigor o reconhecimento da improcedência do pedido formulado na ação subjacente, haja vista a inexistência de dependência econômica dos autores em relação a seu falecido avô e guardião.

Por fim, em que pese entendimento pessoal deste Relator, curvo-me à orientação firmada nesta 3ª Seção no sentido de que é indevida a devolução dos valores recebidos a maior pelo segurado em decorrência do cumprimento de provimento judicial transitado em julgado, ora rescindido, desde que não caracterizada má-fé:

ACÇÃO RESCISÓRIA. DESAPOSENTAÇÃO . JUSTIÇA GRATUITA REQUERIDA EM CONTESTAÇÃO DEFERIDA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. SÚMULA n. 343 DO E. STF. CARÊNCIA DA ACÇÃO. NÃO ACOLHIDOS. RENÚNCIA DE APOSENTADORIA PARA OBTENÇÃO DE OUTRA MAIS BENÉFICA, COM O CÔMPUTO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS APÓS O JUBILAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE LEI. OCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES INDEVIDA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. [...] Rejeitado o pleito de restituição dos valores pagos em decorrência do julgado rescindido, em virtude da natureza alimentar de que se revestem, do recebimento em boa-fé e também porque resguardados por decisão judicial com trânsito em julgado. Precedentes desta Corte. [...] (TRF3, 3ª Seção, AR 00054253220134030000, relator Juiz Federal convocado Rodrigo Zacharias, votação unânime, DJe 10.03.2017)

Ante o exposto, *peço vênia ao i. Relator* para, em *iudicium rescindens*, com fundamento nos artigos 485, V, do CPC/1973 e 966, V, do CPC/2015, *julgar procedente a presente ação rescisória* para desconstituir o julgado na ação subjacente; em *iudicium rescisorium*, nos termos dos artigos 269, I, do CPC/1973 e 487, I, do CPC/2015, *julgar improcedente o pedido formulado na ação subjacente*; e, *julgar improcedente o pedido para restituição dos valores recebidos por força da execução do julgado ora rescindido*.

Custas na forma da lei.

Condeno a parte ré no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido do Manual de Cálculos e Procedimentos para as dívidas civis, até sua efetiva requisição (juros) e pagamento (correção), conforme prescrevem os §§ 2º, 4º, III, e 8º, do artigo 85 do CPC. A exigibilidade das verbas honorárias devidas ficará suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO

APELAÇÃO CÍVEL
0018137-88.2017.4.03.9999
(2017.03.99.018137-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ANTONIA SONIA PEREIRA DE FRANÇA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE DIADEMA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: Ap 2247040
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO MATERNIDADE. INDENIZAÇÃO. ESTABILIDADE DA TRABALHADORA URBANA GESTANTE. SENTENÇA TRABALHISTA. SÚMULA 244 DO TST.

1. Legitimidade do INSS para figurar no polo passivo da ação. O c. STJ pacificou a questão no sentido de que o fato de ser atribuição da empresa pagar o salário maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário, que deve ser pago diretamente pela Previdência Social. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar a compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos (REsp 1309251/RS).
2. O instituto da estabilidade de emprego à trabalhadora gestante, proteção que visa ao nascituro, está elencado no Art. 10, II, b, do ADCT, atendendo ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.
3. A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade (desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto). Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade, nos termos da Súmula 244 do TST.
4. Sentença trabalhista que conferiu o pagamento de indenização equivalente aos direitos do período da estabilidade da trabalhadora gestante e outros direitos. Salário maternidade indevido, pois não se concede o benefício pelo mesmo fato, por duas vezes.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de apelação em face de sentença proferida em autos de ação de conhecimento na qual se busca a concessão do benefício de salário maternidade.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento do salário maternidade referente a 120 dias, em razão do nascimento de Darlan de França Silva em 14/02/14, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora, a partir da citação, e honorários advocatícios de 10%, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Apela o réu, arguindo a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Por primeiro, quanto à legitimidade do réu para figurar no polo passivo da ação, o c. STJ, já pacificou a questão no sentido de que o fato de ser atribuição da empresa pagar o salário maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário, que deve ser pago diretamente pela Previdência Social. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar a compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos. (STJ REsp 1309251/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

Passo à análise da matéria de fundo.

O filho da autora, Darlan de França Silva, nasceu em 14/02/2014, conforme a cópia da certidão de nascimento de fl. 22/vº.

O instituto da estabilidade de emprego à trabalhadora gestante, proteção que visa ao nascituro, está elencado no Art. 10, II, “b”, do ADCT, de nossa Constituição Federal, atendendo ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade (desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto). Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade, nos termos da Súmula 244 do TST.

In casu, verifica-se que a autora moveu ação trabalhista, autuada sob o nº 0000257-48.2014.5.02.0262, perante o ex-empregador, para o qual trabalhou de 05/05/2011 a 16/06/2014, em que se pleiteou a estabilidade provisória decorrente da gravidez, resultando no acordo judicial com valor de R\$2.400,00, conforme a cópia da sentença homologatória trabalhista de fls. 24/25.

Não obstante constar da sentença trabalhista de fls. 24/25 de que nos valores do acordo não estão incluídos os valores referentes ao período de afastamento pela licença maternidade, na própria sentença consta que o valor acordado se refere à estabilidade da gestante.

Assim, tendo em vista o acordo trabalhista entre a parte autora e o ex-empregador, referente ao pagamento de R\$2.400,00 a título de indenização equivalente aos direitos do período da estabilidade da trabalhadora gestante, conforme cópia da sentença de fls. 24/25, o pedido de salário maternidade, nestes autos, resta improcedente.

Com efeito, não se concede o benefício pelo mesmo fato, por duas vezes, caso contrário, configurar-se-ia enriquecimento ilícito.

Veja-se que o período de estabilidade provisória, previsto no Art. 10, do ADCT, da Constituição Federal, engloba o período de gravidez acrescido daquele em que a mãe fica em casa gozando da licença maternidade, e garantida financeiramente pelo salário maternidade, objeto desse do presente feito. Dessa feita, tendo o ex-empregador adimplido para com a obrigação que seria do INSS, cabe a aquele fazer a compensação desse pagamento em sua folha de salários.

Destarte, é de se reformar a r. sentença, havendo pela improcedência do pedido, arcando a autoria com honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado dado à causa, observando-se o disposto no § 3º, do Art. 98, do CPC, por ser beneficiária da justiça gratuita, ficando a cargo do Juízo de execução verificar se restou ou não inexecutível a condenação em honorários.

A parte autora, por ser beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais.

Ante o exposto, afastada a questão trazida na abertura do apelo, dou-lhe provimento.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0037232-07.2017.4.03.9999

(2017.03.99.037232-5)

Apelante: PEDRO ROMITTI

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITÁPOLIS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Classe do Processo: ApReeNec 2278193

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/06/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. DESCONTO DE VALORES. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA.

1. Por ter sido a sentença proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e, em razão de sua regularidade formal, conforme certificado nos autos, a apelação interposta deve ser recebida e apreciada em conformidade com as normas ali inscritas.
2. Considerando os elementos dos autos - o INSS foi condenado a averbar períodos considerados especiais e, por conseguinte, implantar e pagar a aposentadoria especial desde o requerimento administrativo (14/06/2013) até a implantação do benefício, ocorrida em março/2017 -, o montante da condenação não excederá a 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que o valor da aposentadoria seja igual ao teto previdenciário.
3. Nas razões de apelação, a parte autora questiona apenas o fato de que a sentença determinou o desconto do período em que houve a contribuição para o RGPS e que coincidiu com o trâmite processual para o reconhecimento do direito à aposentadoria especial.
4. A inteligência do artigo 57, §8º c.c o artigo 46, ambos da Lei 8.231/91, revela que o segurado que estiver recebendo aposentadoria especial terá tal benefício cancelado se retornar voluntariamente ao exercício da atividade especial. Logo, só há que se falar em cancelamento do benefício e, consequentemente, em incompatibilidade entre o recebimento deste e a continuidade do exercício da atividade especial se houver (i) a concessão do benefício e, posteriormente, (ii) o retorno ao labor especial. No caso, não houve a concessão da aposentadoria especial, tampouco o posterior retorno ao labor especial. A parte autora requereu o benefício; o INSS o indeferiu na esfera administrativa, circunstância que, evidentemente, levou o segurado a continuar a trabalhar, até mesmo para poder prover a sua subsistência e da sua família. Considerando que a aposentadoria especial só foi concedida na esfera judicial e que o segurado não retornou ao trabalho em ambiente nocivo, mas sim continuou nele trabalhando após o INSS ter indeferido seu requerimento administrativo, tem-se que a situação fática verificada *in casu* não se amolda ao disposto no artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, de sorte que esse dispositivo não pode ser aplicado ao caso vertente, ao menos até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que concedeu a aposentadoria especial.
5. O artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, tem como finalidade proteger a saúde do trabalhador, vedando que o beneficiário de uma aposentadoria especial continue trabalhando num ambiente nocivo. Sendo assim, considerando que tal norma visa proteger o traba-

lhador, ela não pode ser utilizada para prejudicar aquele que se viu na contingência de continuar trabalhando pelo fato de o INSS ter indevidamente indeferido seu benefício. A par disso, negar ao segurado os valores correspondentes à aposentadoria especial do período em que ele, após o indevido indeferimento do benefício pelo INSS, continuou trabalhando em ambiente nocivo significa, a um só tempo, beneficiar o INSS por um equívoco seu - já que, nesse cenário, a autarquia deixaria de pagar valores a que o segurado fazia jus por ter indeferido indevidamente o requerido - e prejudicar duplamente o trabalhador - que se viu na contingência de continuar trabalhando em ambiente nocivo mesmo quando já tinha direito ao benefício que fora indevidamente indeferido pelo INSS - o que colide com os princípios da proporcionalidade e da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*).

6. Reexame necessário não conhecido. Apelação da parte autora provida.

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, não conhecer do reexame necessário e dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de junho de 2018.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta contra a sentença de fls. 126/130 que julgou procedentes os pedidos deduzidos na Inicial, para:

Determinar que o INSS promova a averbação em favor da parte autora, como especial, do período laborado de 01.08.1981 a 31.10.1984 - frentista/borracheiro; 01.02.1985 a 30.07.1999 - frentista/borracheiro; 01.08.1999 a 21.06.2013 - borracheiro, condenando ainda o requerido a conceder a aposentadoria especial ao autor, a partir do requerimento administrativo. (...) As prestações e os abonos em atraso, se o caso, serão pagos de uma só vez. Eventuais valores recebidos a título de benefício ou contribuições durante o processo deverão ser desconsideradas uma vez que incompatível com o benefício e para se evitar enriquecimento ilícito. (...) Por se tratar de sentença que contém condenação ilíquida, cumpra-se o reexame necessário (Súmula n. 490 do Superior Tribunal de Justiça).

O autor interpôs recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que deve ser afastada a determinação de desconto do período em que efetuou recolhimento de contribuições ao RGPS durante o trâmite processual.

Sem contrarrazões do INSS.

Na sequência, subiram os autos a esta Corte.

Certificado que a apelação foi interposta tempestivamente e que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 165).

É o breve relatório.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

Recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, conforme certidão de fl. 165, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

REEXAME NECESSÁRIO

A sentença recorrida foi proferida sob a égide do Novo Código de Processo Civil, o qual afasta a submissão da sentença proferida contra a União e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ao reexame necessário quando a condenação imposta for inferior a 1.000 (mil) salários mínimos (art. 496, I c.c. § 3º, I, do CPC/2015).

In casu, considerando os elementos dos autos - o INSS foi condenado a averbar períodos considerados especiais e, por conseguinte, implantar e pagar a aposentadoria especial desde o requerimento administrativo (14/06/2013) até a implantação do benefício, ocorrida em março/2017 -, o montante da condenação não excederá a 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que o valor da aposentadoria seja igual ao teto previdenciário.

Vale frisar que, em março/2017, quando da prolação da sentença, o salário mínimo era de R\$937,00 e o teto do salário de benefício era R\$5.531,31, correspondendo, pois, a aproximadamente 5,9 salário mínimos.

Sendo assim, ainda que a parte autora faça jus a uma aposentadoria no valor do teto de salário de benefício previdenciário (5,9 salários mínimos), considerando (i) o termo inicial do benefício (14/06/2013), e (ii) que a sentença foi proferida em 21/03/2017, oportunidade em que foi proferida a sentença, tem-se que a condenação não ultrapassará 49 prestações mensais (de 14/06/2013 a 21/03/2017) e a 290 salários mínimos (49 prestações de 5,9 salários mínimos).

Logo, a r. sentença não está sujeita ao reexame necessário.

Nesse sentido, precedente desta C. 7ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VALOR DA CONDENAÇÃO INFERIOR A 1.000 SALÁRIOS MÍNIMOS. REMESSA NÃO CONHECIDA.

1. Exame da admissibilidade da remessa oficial prevista no artigo 496 do CPC/15.
2. O valor total da condenação não alcançará a importância de 1.000 (mil) salários mínimos.
3. Remessa necessária não conhecida.

(REO 0020789-78.2017.4.03.9999, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Domingues, 28/09/2017)

DO RECURSO DA PARTE AUTORA

Nas razões de apelação, a parte autora questiona apenas o fato de que a sentença determinou o desconto do período em que houve a contribuição para o RGPS e que coincidiu com o trâmite processual para o reconhecimento do direito à aposentadoria especial.

A limitação imposta pelo artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91, não se aplica à hipótese dos

autos, em que a aposentadoria especial foi deferida apenas judicialmente.

Tal dispositivo estabelece que “Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei”. Já o artigo 46, da Lei 8.231/91, determina que “o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno”.

A inteligência do artigo 57, §8º c.c o artigo 46, ambos da Lei nº 8.231/91, revela que o segurado que estiver recebendo aposentadoria especial terá tal benefício cancelado se retornar voluntariamente ao exercício da atividade especial. Logo, só há que se falar em cancelamento do benefício e, conseqüentemente, em incompatibilidade entre o recebimento deste e a continuidade do exercício da atividade especial se houver (i) a concessão do benefício e, posteriormente, (ii) o retorno ao labor especial.

No caso, não houve a concessão da aposentadoria especial, tampouco o posterior retorno ao labor especial. A parte autora requereu o benefício; o INSS o indeferiu na esfera administrativa, circunstância que, evidentemente, levou o segurado a continuar a trabalhar, até mesmo para poder prover a sua subsistência e da sua família.

Considerando que a aposentadoria especial só foi concedida na esfera judicial e que o segurado não retornou ao trabalho em ambiente nocivo, mas sim continuou nele trabalhando após o INSS ter indeferido seu requerimento administrativo, tem-se que a situação fática verificada *in casu* não se amolda ao disposto no artigo 57, §8º, da Lei nº 8.213/91, de sorte que esse dispositivo não pode ser aplicado ao caso vertente, ao menos até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que concedeu a aposentadoria especial.

Destaque-se que esta C. Turma, ao interpretar tal dispositivo, já decidiu que “Não há que se falar na impossibilidade do beneficiário continuar exercendo atividade especial, pois diferentemente do benefício por incapacidade, cujo exercício de atividade remunerada é incompatível com a própria natureza da cobertura securitária, a continuidade do labor sob condições especiais na pendência de ação judicial, na qual postula justamente o respectivo enquadramento, revela cautela do segurado e não atenta contra os princípios gerais de direito; pelo contrário, privilegia a norma protetiva do trabalhador”. (ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1928650 / SP 0002680-43.2012.4.03.6102, DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS).

Não se pode olvidar, ainda, que o entendimento que, com base numa interpretação extensiva, aplica o artigo 57, §8º, da Lei nº 8.213/91, a casos em que a aposentadoria especial é concedida apenas judicialmente, impedindo o pagamento dos valores correspondentes à aposentadoria especial no período em que o segurado continuou trabalhando em ambiente nocivo, não se coaduna com a interpretação teleológica, tampouco com o postulado da proporcionalidade e com a proibição do *venire contra factum proprium* (manifestação da boa-fé objetiva).

De fato, o artigo 57, §8º, da Lei nº 8.213/91, tem como finalidade proteger a saúde do trabalhador, vedando que o beneficiário de uma aposentadoria especial continue trabalhando num ambiente nocivo. Sendo assim, considerando que tal norma visa proteger o trabalhador, ela não pode ser utilizada para prejudicar aquele que se viu na contingência de continuar trabalhando pelo fato de o INSS ter indevidamente indeferido seu benefício.

A par disso, negar ao segurado os valores correspondentes à aposentadoria especial do período em que ele, após o indevido indeferimento do benefício pelo INSS, continuou trabalhando em ambiente nocivo significa, a um só tempo, beneficiar o INSS por um equívoco seu - já que, nesse cenário, a autarquia deixaria de pagar valores a que o segurado fazia jus por

ter indeferido indevidamente o requerido - e prejudicar duplamente o trabalhador - que se viu na contingência de continuar trabalhando em ambiente nocivo mesmo quando já tinha direito ao benefício que fora indevidamente indeferido pelo INSS - o que colide com os princípios da proporcionalidade e da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*).

Por tais razões, reconheço que o disposto no artigo 57, §8º, da Lei nº 8.213/91, não se aplica ao caso dos autos, não havendo, por conseguinte, que se falar em descontos, na fase de liquidação, das parcelas atrasadas dos períodos em que a parte autora permaneceu exercendo atividades consideradas especiais.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do reexame necessário e **DOU PROVIMENTO** à apelação da parte autora.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001612-94.2018.4.03.9999
(2018.03.99.001612-4)

Apelantes: LUIZ GONZAGA DA CRUZ E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAPÃO BONITO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: Ap 2288945

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APELAÇÕES DAS PARTES. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. QUALIDADE DE SEGURADO(A). PREEXISTÊNCIA DA ENFERMIDADE. AUXÍLIO-DOENÇA MANTIDO. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

I - Considerando que o valor da condenação ou proveito econômico não ultrapassa 1.000 (mil) salários mínimos na data da sentença, conforme art. 496, § 3º, I do CPC/2015, não é caso de remessa oficial.

II - Para a concessão da aposentadoria por invalidez é necessário comprovar a condição de segurado(a), o cumprimento da carência, salvo quando dispensada, e a incapacidade total e permanente para o trabalho. O auxílio-doença tem os mesmos requisitos, ressalvando-se a incapacidade, que deve ser total e temporária para a atividade habitualmente exercida.

III - Comprovada a incapacidade total e temporária. Mantido o auxílio-doença.

IV - Termo inicial do benefício mantido, pois não houve alteração do quadro clínico a justificar a cessação administrativa.

V- Nos benefícios por incapacidade (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença), sempre que possível, deve ser fixada a data de cessação do benefício prevista nas Medidas Provisórias n. 739, de 07/07/2016, e n. 767, de 06/01/2017 (convertida na Lei n. 13.457/2017), em vigor enquanto não houver decisão dos Tribunais Superiores pela sua inconstitucionalidade.

VI - Data da cessação do benefício fixada em 01 (um) ano a contar do laudo pericial, pois de acordo com o perito judicial necessária análise da efetividade do tratamento a ser implementado.

VII - As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária desde os respectivos vencimentos.

VIII - A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017.

IX - O(A) autor(a) sucumbiu em parte mínima do pedido, portanto, não deve ser

condenado ao pagamento de honorários advocatícios à parte adversa.

X - Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária será fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, ambos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula 111 do STJ).

XI - Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações das partes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o restabelecimento de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez, desde o dia seguinte à cessação administrativa (08/12/2015), acrescidas as parcelas vencidas dos consecutivos legais e do percentual previsto no art. 45, da Lei 8.213/91. Requereu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento de auxílio-doença, desde a cessação administrativa (07/12/2015). Prestações em atraso acrescidas de correção monetária segundo a Resolução 134/10 do CJF que aprovou o Manual de Cálculos da Justiça Federal, com as alterações previstas na Resolução 267/13 e observadas as ADI's 4357 e 4425, e de juros de mora conforme o art. 1º - F da Lei 9.494/97. Reconheceu a sucumbência recíproca. Antecipou a tutela.

Sentença proferida em 17/02/2017, não submetida ao reexame necessário.

O(A) autor(a) apela, sustentando que restou comprovada a incapacidade total e permanente, fazendo jus à concessão da aposentadoria por invalidez. Caso outro o entendimento, requer a manutenção do auxílio-doença pelo período necessário à recuperação da capacidade ou ao procedimento de reabilitação. No mais, requer a condenação do INSS em honorários advocatícios por ter sucumbido em parte mínima do pedido.

O INSS apela, alegando a ausência de qualidade de segurado(a) do(a) autor(a), bem como preexistência da enfermidade. Pede a reforma da sentença. Caso outro o entendimento, requer a apuração da correção monetária de acordo com o art. 1º - F da Lei 9.494/97 com a redação dada pela Lei 11.960/09, fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial e do termo final do benefício em 01 ano após a sua elaboração.

Com contrarrazões do(a) autor(a), vieram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Considerando que o valor da condenação ou proveito econômico não ultrapassa 1.000 (mil) salários mínimos na data da sentença, conforme art. 496, § 3º, I do CPC/2015, não é caso de remessa oficial.

Para a concessão da aposentadoria por invalidez é necessário comprovar a condição de segurado(a), o cumprimento da carência, salvo quando dispensada, e a incapacidade total e permanente para o trabalho.

O auxílio-doença tem os mesmos requisitos, ressaltando-se a incapacidade, que deve ser total e temporária para a atividade habitualmente exercida.

As apelações impugnaram o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício, bem como extensão e duração da incapacidade.

De acordo com o laudo pericial elaborado em 29/09/2016 (fls. 117/126), o(a) autor(a), nascido(a) em 1959, é portador(a) de “artrite (espondilite) psoriática”.

O perito judicial consignou que houve agravamento do quadro clínico, pois “apresenta extensas lesões no corpo. Refere ainda quadro de dores articulares”, bem como concluiu pela existência de incapacidade total e temporária, sendo necessário afastamento das atividades laborativas habituais (“mecânico de automóvel”) pelo período de 01 ano para adequação do tratamento e controle dos sintomas.

Considerando-se as informações do laudo pericial e documentos médicos anexados aos autos, restou evidenciado que a incapacidade decorre de agravamento do quadro clínico após o reingresso do(a) autor(a) no RGPS em 05/2008 na qualidade de contribuinte individual.

Correta a concessão do auxílio-doença.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PERÍODO DE CARÊNCIA. INEXIGÊNCIA.

- O benefício do auxílio-doença deve ser concedido ao segurado, desde que comprovada a incapacidade total e temporária para o desempenho de suas atividades, não se lhe aplicando a exigência do período de carência de contribuições, “ex vi” do art. 26, II da Lei 8.213/91.

- Recurso especial não conhecido.

(STJ, 6ª Turma, RESP 177841, DJ 21/09/1998, p.00253, Rel. Min. Vicente Leal).

O termo inicial do benefício foi corretamente fixado, pois comprovada a manutenção da incapacidade.

O benefício de auxílio-doença é cobertura previdenciária de caráter temporário, sendo possível a reavaliação da incapacidade para o trabalho mediante exame médico a cargo da própria autarquia.

Diante de tais considerações, adotava entendimento no sentido de que a obrigação de reavaliação decorre da implantação do benefício, ressaltando que o benefício deveria ser pago enquanto não modificada a situação de incapacidade do(a) segurado(a).

Contudo, em razão de alteração legislativa, sempre que possível, deve ser fixada a data de cessação do benefício por incapacidade prevista nas Medidas Provisórias 739, de 07/07/2016, e 767, de 06/01/2017 (convertida na Lei 13.457/2017):

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei n. 9.876, de 26/11/99) (...).

§ 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).

§ 9º Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).

§ 10. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram sua concessão ou manutenção, observado o disposto no art. 101 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).

§ 11. O segurado que não concordar com o resultado da avaliação da qual dispõe o § 10 deste artigo poderá apresentar, no prazo máximo de trinta dias, recurso da decisão da administração perante o Conselho de Recursos do Seguro Social, cuja análise médica pericial, se necessária, será feita pelo assistente técnico médico da junta de recursos do seguro social, perito diverso daquele que indeferiu o benefício. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).

Citada alteração legislativa até a presente data deve ser considerada como válida e eficaz, diante da ausência de decisão superior acerca de sua constitucionalidade.

Ressalvo que não há impedimento ao pedido de prorrogação do benefício caso o(a) segurado(a) entenda não haver condições de retorno ao trabalho após a data fixada.

O perito judicial consignou a necessidade de reavaliação em um ano, pois necessária análise da efetividade do tratamento a ser implementado. Entendo que o citado prazo deve ser acolhido.

As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária desde os respectivos vencimentos.

A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017.

O(A) autor(a) sucumbiu em parte mínima do pedido, portanto, não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios à parte adversa.

Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária será fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, ambos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula 111 do STJ).

Os demais consectários legais não foram objeto de impugnação.

DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO(A) AUTOR(A) para afastar a sucumbência recíproca e fixar os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação. **DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS** para fixar a data da cessação do benefício em 01(um) ano a contar do laudo pericial, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0010810-58.2018.4.03.9999
(2018.03.99.010810-9)

Apelante: MARIA ALVARENGA DE ASSIS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIO CLARO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: Ap 2300557
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSA. MISERABILIDADE NÃO CONFIGURADA. FAMÍLIA. CASA PRÓPRIA EM BOAS CONDIÇÕES. QUATRO FILHOS. DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS. ACESSO AOS MÍNIMOS SOCIAIS. SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/93, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

- A LOAS deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

- O Supremo Tribunal Federal recentemente reviu seu posicionamento ao reconhecer que o requisito do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não pode ser considerado taxativo (STF, RE n. 580963, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

- A parte autora é idosa para fins assistenciais, pois segundo os documentos constantes dos autos, possui idade superior a 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

- Todavia, não está patenteada a miserabilidade para fins assistenciais.

- O relatório social apontou que a autora vive em casa própria, de bom estado, com o marido aposentado. As fotos demonstram ótimo estado do imóvel.

- Ademais, ela possui 4 (quatro) filhos vivos, todos residentes em casa próprias, mas, pelas informações da própria autora, “são capazes de oferecer ajuda financeira aos genitores”.

- O dever de sustento dos filhos não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido quando o sustento não poder ser provido pela família. Logo, os artigos 203, V e 229 do Texto Magno devem ser levadas em conta na apuração da miserabilidade, não podendo o artigo 20, § 3º, da LOAS ser interpretado de forma isolada, como se não houvesse normas constitucionais regulando a questão.

- Recentemente, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um pedido de uniformização do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese que “o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos

civis sem prejuízo de sua manutenção”. A decisão aconteceu durante sessão realizada em 23/2/17, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, §1º, da Lei n. 8.742/93, conforme as normas veiculadas pelos arts. 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser no sentido de que “a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade”.

- Assim, no caso, a técnica de proteção social prioritária no caso é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

- Cumpre salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os desamparados (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

- Condenada a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *conhecer da apelação e lhe negar provimento*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício assistencial de prestação continuada à parte autora.

A parte autora alega, em síntese, o cumprimento dos requisitos para a concessão do benefício, no tocante à hipossuficiência e à condição de pessoa com deficiência, pelas razões que apresenta.

Contrarrazões não apresentadas.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal sugere o improvimento do recurso, ante a ausência de miserabilidade.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço do apelo em razão da satisfação de seus requisitos.

No mérito, discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do *benefício assistencial de prestação continuada* previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/93, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante *portador de deficiência ou idoso* e, em ambas as hipóteses, comprovar a *miserabilidade ou a hipossuficiência*, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

O critério da miserabilidade do § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação. Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza - entendida como a de falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial -, a fim de se concluir por devida a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Logo, a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a Lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova, conforme precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 435.871, 5ª Turma Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/9/2002, DJ 21/10/2002, p. 61, REsp n. 222.764, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/2/2001, DJ 12/3/2001, p. 512; REsp n. 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/2/2000, p. 163).

O próprio Supremo Tribunal Federal recentemente reviu seu posicionamento ao reconhecer que o requisito do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não pode ser considerado taxativo, acórdão produzido com *repercussão geral* (STF, RE n. 580963, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

A decisão concluiu que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos que, embora o limite legal de renda per capita seja ultrapassado, evidenciam um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não só das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais voltados a famílias carentes, considera pobres aqueles com renda mensal per capita de até meio salário-mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/97 - regulamentada pelos Decretos n. 2.609/98 e 2.728/99; as Portarias n. 458 e 879, de 3/12/2001, da Secretaria da Assistência Social; o Decreto n. 4.102/2002; a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Ressalte-se que o critério do meio salário mínimo foi estabelecido para outros benefícios diversos do amparo social. Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 como absoluto e único para a aferição da situação de miserabilidade, até

porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Vale dizer, não se pode tomar como “taxativo” o critério do artigo 20, § 3º, da LOAS, mesmo porque toda regra jurídica deve pautar-se na realidade fática. Entendo pessoalmente que, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou terceiros etc.

Sendo assim, pode-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como por exemplo:

a) todos os que recebem renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo são miseráveis;

b) nem todos que percebem renda familiar per capita superior a 1/4 e inferior a 1/2 salário mínimo são miseráveis;

c) nem todos que percebem renda familiar per capita superior a 1/2 salário mínimo deixam de ser miseráveis;

d) todos que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Vamos adiante.

Para se apurar se a renda *per capita* do requerente atinge, ou não, o âmbito da hipossuficiência, faz-se mister abordar o conceito de *família*.

O artigo 20 da Lei n. 8.742/93 estabelecia, ainda, para efeitos da concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei n. 8.213/91, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei n. 12.435, vigente desde 7/7/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, estabelecendo que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante *idoso*, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei n. 9.720/98, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03).

No que se refere ao conceito de *pessoa portadora de deficiência* - previsto no § 2º da Lei n. 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 13.146/2015 -, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Resta consignar que a Assistência Social, tal como regulada na Constituição Federal e

na Lei nº 8.742/93, tem caráter *subsidiário* em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc), dada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido “Estado de bem-estar social”, forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já haviam reconhecido sua inviabilidade financeira, lícito é inferir que só deve ser prestada em casos de real necessidade, dentro das estritas regras do direito material, sob pena de comprometer a mesma proteção social não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

De modo que a assistência social deve ser fornecida com critério, pois do contrário se gerarão privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais que é a de propiciar igualdade, isonomia de condições a todos.

Diga-se de passagem que a concessão indiscriminada do benefício assistencial geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que estes parem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam, o que constitui situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial.

No mais, não deve o Estado substituir a sociedade em situações onde esta consegue, ela própria, mediante esforço, resolver suas pendências, sob pena de se construir uma sociedade cada vez mais dependente das prestações do Estado e incapaz de construir um futuro social e economicamente viável para si própria.

Nesse diapasão, a proteção social baseada na *solidariedade legal* não tem como finalidade cobrir contingências encontradas somente na letra da lei (dever-ser) e não no mundo dos fatos (ser). Cabe, em casos que tais, à sociedade(*solidariedade social*) prestar na medida do possível assistência aos próximos.

Pertinente, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera, quando pondera a respeito da dimensão do *princípio da subsidiariedade*: “O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpre-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam, por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da ‘Rerum Novarum’, a ‘Quadragesimo Anno’, pontos 79-80).” (Centenárias Situações e Novidade da ‘Rerum Novarum’, p. 545).

Ademais, quanto a esse tópico, lícito é inferir que quem está coberto pela previdência social (autora é inscrita como dependente do marido) está, *em regra*, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos, *in verbis*: “A assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluimos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro

regime, salvo o de assistência médica” (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *in* Comentários à Constituição do Brasil, 8o Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

CASO CONCRETO

Primeiramente, analiso o requisito (subjetivo) da idade avançada qualificada.

Nos termos dos documentos constantes dos autos, a parte autora possui idade superior a 65 (sessenta e cinco) anos.

Todavia, *não está patenteada a miserabilidade* para fins assistenciais.

O relatório social apontou que a autora vive em casa própria, de bom estado, com o marido aposentado.

As fotos demonstram ótimo estado do imóvel.

Ademais, ela possui 4 (quatro) filhos vivos, todos residentes em casa próprias, mas, pelas informações da própria autora, “são capazes de oferecer ajuda financeira aos genitores”.

Ora, o dever de sustento dos filhos não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido *quando o sustento não puder ser provido pela família*.

Não há qualquer informação ou comprovação de que os filhos não podem ajuda-la nos gastos de manutenção.

Evidente que o critério do artigo 20, § 3º, da LOAS não é taxativo, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE n. 580963), devendo a hipossuficiência ser aferida caso a caso.

Mesmo com a exclusão do valor do salário mínimo em relação ao benefício do marido (artigo 34, § único, do EI), não há falar-se em hipossuficiência.

Não há falar-se, em tal contexto, de vulnerabilidade social porque a autora tem acesso aos mínimos sociais.

Não está identificada no caso a penúria ou risco social.

Assim se manifestou a Procuradoria Regional da República:

A renda família é composta pela aposentadoria auferida pelo cônjuge da requerente no valor de um salário mínimo, o qual deve ser desconsiderado por força da aplicação analógica do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

Contudo, ainda que desconsiderado o benefício percebido pelo esposo da autora, não se colhe do estudo elementos que revelam carência de recursos para a satisfação das necessidades básicas do núcleo familiar. Vale dizer, o padrão de vida revelado indica que, embora simples, não há risco à subsistência do núcleo familiar (f. 151).

Recentemente, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um *pedido de uniformização* do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese que “o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção”. A decisão aconteceu durante sessão realizada em 23/2/17, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, §1º, da Lei n. 8.742/93, conforme as normas veiculadas pelos arts. 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser no sentido de que “a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade”.

Assim, no caso, a técnica de proteção social prioritária no caso é a *família*, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Vide, no mais, o capítulo anterior deste julgado, sob a rubrica “SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL”.

A propósito, decidiu este e. TRF 3ª Região: “O benefício de prestação continuada não tem por fim a complementação da renda familiar ou proporcionar maior conforto ao beneficiário, mas sim, destina-se ao idoso ou deficiente em estado de penúria” (AC 876500. 9ª Turma. Rel. Des. Fed. Marisa Santos. DJU, 04.09.2003).

Cumpre salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os *desamparados* (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

Indevido o benefício.

Ante o exposto, *conheço da apelação e lhe nego provimento*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0011748-53.2018.4.03.9999
(2018.03.99.011748-2)

Apelante: PAULO GOMES CARVALHO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARUJÁ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: Ap 2301657
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. CONECTIVOS LEGAIS FIXADOS DE OFÍCIO.

1. Os requisitos do benefício postulado são a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.

2. 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.

3. No caso dos autos, verifica-se que a parte autora satisfaz os requisitos de qualidade de segurado e de carência. Ademais, a autarquia, em virtude da mesma enfermidade incapacitante, concedeu previamente o benefício de auxílio-doença, no período de 28/10/2001 a 11/04/2011, em consonância com o extrato do CNIS em anexo ao voto.

4. No tocante à incapacidade, No caso vertente, no tocante à incapacidade laboral, o sr. perito judicial concluiu que a parte autora “(...) apresenta seqüela de lesão meniscal, que é a artrose, devido trabalhar como vigilante, que exige ficar longos períodos de ortostatismo, não pode mais exercer sua função. Sugiro readaptação profissional.” (fls. 94/95 e 111).

5. Embora a parte autora tenha sido submetida a procedimento de reabilitação profissional, consta do certificado, emitido pela autarquia, que foi “(...) constatada a compatibilidade do potencial laborativo com a função de Vigilante, desde que obedecidas as restrições a: permanecer longo período em pé ou sentado, deambular longos períodos ou em terreno irregular, agachar, correr, subir e descer escadas de forma constante e trabalho em altura (...)”.

6. O cotejo entre as restrições apresentadas pela parte autora e as atividades inerentes ao exercício da função de vigilante permitem presumir que esta atividade profissional mostra-se absolutamente incompatível com as limitações físicas mencionadas no certificado de reabilitação profissional, não sendo possível afirmar que o segurado

tenha, de fato, se reabilitado.

7. De acordo com os artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/91, o benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que fica incapacitado para o exercício de suas atividades profissionais habituais, mas, que haja a possibilidade de reabilitação para outra atividade que garanta o seu sustento, como na hipótese.

8. Deste modo, da análise do conjunto probatório, a parte autora faz jus ao benefício de auxílio-doença.

9. O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir do dia subsequente ao de sua cessação administrativa (12/04/2011 - conforme extrato do CNIS em anexo ao voto), pois o início da incapacidade foi estimado pelo sr. perito "(...) em 2000 após o episódio traumático, continuou até 2012, quando realizou a nova cirurgia" (fl. 111), quando passou a ser parcial e permanente.

10. O benefício de auxílio-doença tem presumidamente caráter temporário, ou seja, ainda que concedido por determinação judicial, sua manutenção é passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, nos termos do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.

11. A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é obrigatório o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos, sob pena de suspensão do benefício, assim como a submissão aos programas de reabilitação profissional, conforme sugerido, ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.

12. É dever do INSS, portanto, conceder o benefício de auxílio-doença à parte autora e submetê-la a processo de reabilitação profissional, nos termos do referido artigo 62 da Lei nº 8.213/91, mantendo o benefício enquanto a reabilitação não ocorra.

13. No tocante ao termo final do benefício, o INSS deverá submeter a parte autora a reavaliação médica, por meio de nova perícia a ser realizada pela autarquia, ou, se for o caso, submetê-la a processo de reabilitação profissional.

14. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

15. 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.

16. 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).

17. Deve ser descontado das parcelas vencidas, quando da liquidação da sentença, o período em que haja concomitância de percepção de benefício e remuneração salarial (devidamente comprovado), bem como os benefícios inacumuláveis, eventualmente

recebidos, e, ainda, as parcelas pagas a título de antecipação de tutela.
18. Apelação parcialmente provida. Consectários legais fixados de ofício.

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 e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2018.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação pelo procedimento ordinário objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez.

Sentença, à fl. 236, pela improcedência do pedido, uma vez que a parte autora não demonstrou incapacidade absoluta para o exercício de qualquer atividade laborativa.

A parte autora interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma integral do julgado, pois, restou comprovada a incapacidade, o que justificaria a concessão de quaisquer dos benefícios pleiteados. Em caso de reforma do julgado, postula a fixação da data de início do benefício a partir da data de entrada do primeiro requerimento administrativo, a condenação da autarquia em honorários advocatícios, a serem arbitrados em 15% (quinze por cento), bem como a aplicação do IPCA-E, como critério de correção monetária, além de juros moratórios correspondentes a 1% (um por cento) ao mês (fls. 239/246).

Sem as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

O benefício da aposentadoria por invalidez está previsto no art. 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, pelo qual:

[...] A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança [...].

Por sua vez, o benefício de auxílio-doença consta do art. 59 e seguintes do referido diploma legal, a saber:

[...] será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos [...].

Os requisitos do benefício postulado são, portanto, a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.

Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Parágrafo único. 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.

Quanto à qualidade de segurado, estabelece o art. 15 da Lei nº 8.213/91, que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: (...) II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração.

O prazo mencionado será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já houver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

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.

No caso dos autos, verifica-se que a parte autora satisfaz os requisitos de qualidade de segurado e de carência. Ademais, a autarquia, em virtude da mesma enfermidade incapacitante, concedeu previamente o benefício de auxílio-doença, no período de 28/10/2001 a 11/04/2011, em consonância com o extrato do CNIS em anexo ao voto.

No caso vertente, no tocante à incapacidade laboral, o sr. perito judicial concluiu que a parte autora "(...) apresenta seqüela de lesão meniscal, que é a artrose, devido trabalhar como vigilante, que exige ficar longos períodos de ortostatismo, não pode mais exercer sua função. Suficiente readaptação profissional." (fls. 94/95 e 111).

Embora a parte autora tenha sido submetida a procedimento de reabilitação profissional, consta do certificado, emitido pela autarquia, que foi "(...) constatada a compatibilidade do potencial laborativo com a função de Vigilante, desde que obedecidas as restrições a: permanecer longo período em pé ou sentado, deambular longos períodos ou em terreno irregular, agachar, correr, subir e descer escadas de forma constante e trabalho em altura (...)"

O cotejo entre as restrições apresentadas pela parte autora e as atividades inerentes ao exercício da função de vigilante permitem presumir que esta atividade profissional mostra-se

absolutamente incompatível com as limitações físicas mencionadas no certificado de reabilitação profissional, não sendo possível afirmar que o segurado tenha, de fato, se reabilitado.

De acordo com os artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/91, o benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que fica incapacitado para o exercício de suas atividades profissionais habituais, mas, que haja a possibilidade de reabilitação para outra atividade que garanta o seu sustento, como na hipótese.

Deste modo, da análise do conjunto probatório, a parte autora faz jus ao benefício de auxílio-doença.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir do dia subsequente ao de sua cessação administrativa (12/04/2011 - conforme extrato do CNIS em anexo ao voto), pois o início da incapacidade foi estimado pelo sr. perito "(...) em 2000 após o episódio traumático, continuou até 2012, quando realizou a nova cirurgia" (fl. 111), quando passou a ser parcial e permanente.

O benefício de auxílio-doença tem presumidamente caráter temporário, ou seja, ainda que concedido por determinação judicial, sua manutenção é passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, nos termos do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.

A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é obrigatório o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos, sob pena de suspensão do benefício, assim como a submissão aos programas de reabilitação profissional, conforme sugerido, ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.

É dever do INSS, portanto, conceder o benefício de auxílio-doença à parte autora e submetê-la a processo de reabilitação profissional, nos termos do referido artigo 62 da Lei nº 8.213/91, mantendo o benefício enquanto a reabilitação não ocorra. Nesse sentido é o entendimento deste Egrégio Tribunal:

Comprovada, através de perícia medica, a incapacidade total e temporária para o trabalho, é de rigor a manutenção da concessão do auxílio-doença, cujo benefício deverá fruir até a efetiva reabilitação da apelada ou, caso negativo, ser convertido em aposentadoria por invalidez, consoante determina o artigo 62 da lei n. 8213/91.

(TRF - 3ª Região, AC nº 300029878-SP, Relator Juiz Theotonio Costa, j. 02/08/1994, DJ 20/07/1995, p. 45173).

No tocante ao termo final do benefício, o INSS deverá submeter a parte autora a reavaliação médica, por meio de nova perícia a ser realizada pela autarquia, ou, se for o caso, submetê-la a processo de reabilitação profissional.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

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.

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).

Deve ser descontado das parcelas vencidas, quando da liquidação da sentença, o período em que haja concomitância de percepção de benefício e remuneração salarial (devidamente comprovado), bem como os benefícios inacumuláveis, eventualmente recebidos, e, ainda, as parcelas pagas a título de antecipação de tutela.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO* para restabelecer o benefício de auxílio-doença, a partir do dia subsequente ao de sua cessação indevida (12/04/2011) e, de ofício, fixo os consectários legais.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora, *PAULO GOMES CARVALHO*, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado de imediato o benefício de *AUXÍLIO-DOENÇA*, com D.I.B. em 12/04/2011, e R.M.I. a ser calculada pelo INSS, tendo em vista os arts. 497 e seguintes do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0011768-44.2018.4.03.9999

(2018.03.99.011768-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: ADELAIDE TARIFE DO NASCIMENTO SIQUEIRA

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRUZEIRO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: ApReeNec 2301706

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. SOMA DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE PRINCIPAL. DEFINIÇÃO. MAIOR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.

1. Os segurados que exercerem atividades concomitantes e preencherem os requisitos necessários para se aposentar com relação a estes vínculos por ocasião do cálculo do benefício, obterão a soma dos respectivos salários-de-contribuição integrantes do período básico de cálculo - PBC.

2. Nas atividades desempenhadas em concomitância àqueles que não completarem todos os pressupostos para a aposentadoria aplicar-se-ão o inciso II, “b” e inciso III do art. 32 da Lei nº 8.213/91, pelo que será considerado um percentual da média dos salários-de-contribuição de cada uma das atividades secundárias.

3. No caso dos autos, a Contadoria Judicial (fl. 138/139) concluiu que “as contribuições com vínculo empregatício, segundo pôde ser apurado pela contadoria, foram por tempo superior durante todo o período laboral, porém se consideramos apenas o período básico de cálculo e os meses em que houve contribuição concomitante, a contribuição individual é superior”.

4. O INSS apresentou manifestação às fls. 150/152, afirmando que “deve ser considerada como atividade principal aquela de maior tempo de contribuição dentro e fora do PBC”, nos termos da Resolução nº 214/PRES/INSS, concluiu que “o laudo da contadoria às fls. 138/139 está correto ao afirmar que as atividades na categoria de empregado possuem tempo superior durante todo o período laboral”.

5. Extraí-se que o INSS não procedeu corretamente o cálculo do benefício, conforme é possível aferir dos documentos de fls. 21/21vº, pois considerou a atividade exercida como contribuinte individual nos períodos de 01/04/2002 a 30/04/2002 e 21/05/2002 a 30/03/2011 como atividade principal de maneira equivocada, tendo em vista que o labor na condição de empregado possui maior tempo de contribuição.

6. Quanto aos honorários advocatícios, em virtude da iliquidez da sentença, a fixação do percentual somente ocorrerá quando da liquidação do julgado, nos termos do art. 85, § 4º, II, do Código de Processo Civil, observada a regra que estabelece os percentuais aplicáveis nas causas em que a Fazenda Pública for parte, definidos no art. 85, § 3º, do mesmo diploma legislativo.

7. Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário

do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/2017, Rel. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

8. A autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita (fl. 42).

9. Reexame necessário e apelação do INSS parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao reexame necessário e à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta a presente ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando a revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição nº 151.409.799-8/42, mediante incidência do disposto no art. 32 da Lei nº 8.213/91, para declarar como atividade principal a exercida como empregada e como atividade secundária a exercida como contribuinte individual, no período de 12/1998 a 03/2011, sobreveio a r. sentença de procedência do pedido, condenando o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a revisar o benefício da parte autora nos termos pleiteados, bem como a efetuar pagamento das diferenças devidas e dos reflexos nas rendas mensais vincendas, com valores a serem apurados em liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária, juros de mora, custas, despesas e honorários advocatícios no percentual de 15% do valor da condenação.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação, requerendo, em síntese, a fixação dos honorários advocatícios nos termos do art. 85, §3º, do CPC/15, bem como a aplicação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que tange à correção monetária.

Sem contrarrazões de apelação, subiram os autos a este Egrégio Tribunal Federal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

A parte autora obteve a concessão de seu benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em 30/03/2011, ou seja, na vigência da atual Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, e da Lei nº 8.213/91, conforme se verifica dos documentos juntados aos autos à fl. 21.

Para fins de cálculo do salário-de-benefício dos segurados que desempenham atividades concomitantes incide o disposto no art. 32 da Lei nº 8.213/91, “in verbis”:

Art. 32. O salário-de-benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes será calculado com base na soma dos salários-de-contribuição das atividades exercidas na data do requerimento ou do óbito, ou no período básico de cálculo, observado o disposto no art. 29 e as normas seguintes:

I - quando o segurado satisfizer, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido, o salário-de-benefício será calculado com base na soma dos respectivos salários-de-contribuição;

II - quando não se verificar a hipótese do inciso anterior, o salário-de-benefício corresponde à soma das seguintes parcelas:

a) o salário-de-benefício calculado com base nos salários-de-contribuição das atividades em relação às quais são atendidas as condições do benefício requerido;

b) um percentual da média do salário-de-contribuição de cada uma das demais atividades, equivalente à relação entre o número de meses completo de contribuição e os do período de carência do benefício requerido;

III - quando se tratar de benefício por tempo de serviço, o percentual da alínea “b” do inciso II será o resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica ao segurado que, em obediência ao limite máximo do salário-de-contribuição, contribuiu apenas por uma das atividades concomitantes.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo ao segurado que tenha sofrido redução do salário-de-contribuição das atividades concomitantes em respeito ao limite máximo desse salário.

Com efeito, os segurados que exercerem atividades concomitantes e preencherem os requisitos necessários para se aposentar com relação a estes vínculos por ocasião do cálculo do benefício, obterão a soma dos respectivos salários-de-contribuição integrantes do período básico de cálculo - PBC.

Por sua vez, nas atividades desempenhadas em concomitância àqueles que não completarem todos os pressupostos para a aposentadoria aplicar-se-ão o inciso II, “b” e inciso III do art. 32 da Lei nº 8.213/91, pelo que será considerado um percentual da média dos salários-de-contribuição de cada uma das atividades secundárias.

Nesse sentido a jurisprudência da Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ATIVIDADES CONCOMITANTES. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATIVIDADE PRINCIPAL. MAIOR PROVEITO ECONÔMICO. PRECEDENTES.

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 1973.

II - Considerando que o art. 32 da Lei n. 8.213/1991 não prevê, de forma expressa, a fórmula de cálculo do salário de benefício na hipótese em que o segurado não preencheu os requisitos para a concessão de aposentadoria em nenhuma das atividades concomitantes, deve ser considerada como atividade principal aquela que proporcionar o maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial. Precedentes.

III - Recurso especial improvido.

(REsp 1419667/PR - RECURSO ESPECIAL2013/0386146-o - Relator(a): Ministra REGINA HELENA COSTA (1157) - Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento: 09/08/2016 - Data da Publicação/Fonte: DJe 23/08/2016)

Na mesma linha, entendimento deste Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL - ATIVIDADES CONCOMITANTES - SOMA DOS VALORES DA ATIVIDADE PRINCIPAL E SECUNDÁRIA - NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EM AMBAS - ARTIGO 32, INC. II E III - CORREÇÃO DO PROCEDIMENTO UTILIZADO PELO INSS - APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Para obter o cálculo do benefício na forma pretendida, a parte autora deveria comprovar o preenchimento dos requisitos legais em ambas as atividades concomitantes, o que autorizaria a soma dos respectivos salários-de-contribuição.

- Em não havendo o implemento dos requisitos legais nas duas atividades, toma-se o salário-de-benefício integral da atividade considerada principal - na qual são atendidas as condições legais - e, de outra parte, quando à outra atividade, dita secundária, extrai-se a relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício. (art 32, inc. III, Lei nº 8.213/91) Obtidos os subtotais, os valores são somados, resultando no salário-de-benefício efetivo.

- Inexistência de equívocos nos cálculos de concessão do benefício.

Manutenção da r. sentença.

- Apelação improvida.

(TRF3, AC nº 2003.61.83010852-1, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Eva Regina, DJF3 06/08/2008).

O conceito de atividade não remete somente para a natureza do labor, mas abrange também os vínculos com empregadores diversos, ainda que sob a mesma denominação. Em suma, os segurados que desempenham a mesma profissão para diferentes tomadores de serviço, mesmo que em regime de concomitância, para efeito de cômputo dos salários-de-contribuição, exercem mais de uma atividade.

Em outras palavras, o cálculo do salário de benefício será o somatório integral dos respectivos salários de contribuição, quando satisfeitos os requisitos legais para a concessão de benefício em cada atividade, conforme dispõe art. 32, inciso I da Lei 8.213/91.

Quando o segurado houver preenchido os requisitos para a concessão de benefício em apenas uma das atividades, utiliza-se a média dos salários de contribuição de cada atividade, porém sobre a média das atividades nas quais não foram preenchidos os requisitos legais, aplica-se o percentual resultante da relação entre o número total de meses de contribuição do segurado nas atividades concomitantes e o número de meses de contribuição exigidos pela carência do benefício, ou o número de anos de serviço considerado para a concessão do bene-

fício por tempo de serviço, nos termos do art. 32, incisos II e III da Lei 8.213/91.

É o entendimento da Colenda Décima Turma deste Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. CÁLCULO DA RMI. ART. 32 DA LEI 8.213/91.

I - O salário-de-benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes deve ser calculado nos termos do art. 32 da Lei 8.213/91, somando-se os respectivos salários de contribuição apenas quando satisfizer, em relação a cada atividade, as condições necessárias à concessão do benefício requerido.

II - No caso dos autos, a segurada não preencheu as condições para o deferimento da jubilação em relação a todas as atividades, de modo que seu salário-de-benefício deve corresponder à soma do salário-de-benefício da atividade principal e de percentuais das médias dos salários-de-contribuição das atividades secundárias (art. 32, II, b, da Lei 8.213/91), considerada como principal aquela que teve maior duração.

III - Apelação da parte autora improvida.

(AC 00179467720164039999, Décima Turma, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, j. 09/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2016)

No caso dos autos, a Contadoria Judicial (fl. 138/139) concluiu que “as contribuições com vínculo empregatício, segundo pôde ser apurado pela contadoria, foram por tempo superior durante todo o período laboral, porém se consideramos apenas o período básico de cálculo e os meses em que houve contribuição concomitante, a contribuição individual é superior”.

O INSS apresentou manifestação às fls. 150/152, afirmando que “deve ser considerada como atividade principal aquela de maior tempo de contribuição dentro e fora do PBC”, nos termos da Resolução nº 214/PRES/INSS, concluiu que “o laudo da contadoria às fls. 138/139 está correto ao afirmar que as atividades na categoria de empregado possuem tempo superior durante todo o período laboral”.

Assim sendo, extrai-se que o INSS não procedeu corretamente o cálculo do benefício, conforme é possível aferir dos documentos de fls. 21/21vº, pois considerou a atividade exercida como contribuinte individual nos períodos de 01/04/2002 a 30/04/2002 e 21/05/2002 a 30/03/2011 como atividade principal de maneira equivocada, tendo em vista que o labor na condição de empregado possui maior tempo de contribuição.

Nesse sentido, jurisprudência das Sétima e Nona Turmas desta E. Corte:

Verifico que, em relação ao primeiro período, de 01/09/1997 a 13/09/2001, reconheço como atividade primária. No entanto, em relação ao segundo período, de 01/03/2002 a 11/02/2009, não há como considerar atividade primária em relação aos recolhimentos individuais, vez que estes foram vertidos em período maior e ininterruptos, de 01/10/1998 a 11/02/2009, tendo em vista que se considera como atividade principal aquela em que houve maior número de contribuições independentemente do valor de cada uma das contribuições, nos termos do art. 29 e 32, II da Lei nº 8.213/91.

(ApReeNec 00062251120094036108, DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/02/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Define-se principal a atividade na qual o segurado exerceu o maior tempo de trabalho e satisfizesse, isoladamente, as condições ao benefício demandado (art. 32, I), no caso, representado pelos vínculos como empregado (de 1955 a 1980 e de 1983 a 1994); e secundária a atividade executada concomitantemente no menor tempo de duração, no caso, na qualidade de empre-

gador (1981 a 1994), extraindo-se daí a proporcionalidade que irá compor o tempo principal, conforme determina a lei.

(Ap 00019872420064036311, JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/03/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Quanto aos honorários advocatícios, em virtude da iliquidez da sentença, a fixação do percentual somente ocorrerá quando da liquidação do julgado, nos termos do art. 85, § 4º, II, do Código de Processo Civil, observada a regra que estabelece os percentuais aplicáveis nas causas em que a Fazenda Pública for parte, definidos no art. 85, § 3º, do mesmo diploma legislativo.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/2017, Rel. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita (fl. 42).

Diante do exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO* para excluir da condenação o pagamento das custas e despesas processuais *E, TAMBÉM À APELAÇÃO DO INSS*, para fixar os honorários advocatícios nos termos do art. 85, §§ 3º e 4º, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como, na forma da fundamentação adotada.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

Direito Processual Civil



AÇÃO RESCISÓRIA
0014384-21.2015.4.03.0000
(2015.03.00.014384-5)

Autor: MARCIO ANTÔNIO DE MENEZES
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: AR 10561
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V E VII DO CPC/73. REVISÃO DE BENEFÍCIO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS. RUÍDO. REQUISITOS NÃO IMPLEMENTADOS. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI AFASTADA. DOCUMENTO NOVO. PPP EXPEDIDO EM DATA POSTERIOR AO JULGAMENTO. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO NOVO CPC, C/C O ART. 5º, XXXVI DA C.F. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1 - Em se tratando de ação rescisória ajuizada sob a égide do Código de Processo Civil anterior, aplicável o regime jurídico processual de regência da matéria em vigor à época da sua propositura, em hipótese de ultratividade consentânea com o postulado do ato jurídico processual perfeito inscrito no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e com o artigo 14 do Novo Código de Processo Civil.

2 - A viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 485, V do Código de Processo Civil/73 (atual art. 966, V do CPC) decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária.

3 - Hipótese de rescindibilidade prevista no inciso V do artigo 485 do CPC/73 não configurada, pois das razões aduzidas na petição inicial não se pode reconhecer tenha o julgado rescindendo incorrido em interpretação absolutamente errônea da norma regente da matéria, não configurando a violação a literal disposição de lei a mera injustiça ou má apreciação das provas.

4 - O julgado rescindendo foi expresso em afastar a natureza especial do período relativo de 04/12/1998 a 17/03/2011, reconhecendo que o formulário PPP apresentado na ação originária não especificou se a exposição ao agente nocivo ruído se dava de forma habitual e permanente, conforme disposto no art. 57, § 3º da Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 9.032/95, em nenhum momento fundamentando a improcedência do pedido formulado na ação originária na falta de apresentação de laudo técnico em complementação ao formulário PPP apresentado pelo autor,

5 - A rescisão do julgado com fundamento em documento novo, prevista no art. 485, VII, do Código de Processo Civil/73 pressupõe a existência cumulativa dos requisitos da sua pré-existência ao julgado rescindendo, o desconhecimento de sua existência pela parte ou a impossibilidade de sua obtenção e sua aptidão de, por si só, alterar o

resultado do julgamento em favor da parte requerente.

6 - Exsurge manifesto não se prestar o novo formulário PPP fornecido pela ex-empregadora como documento idôneo a autorizar o pleito rescisório com base em documento novo, pois se trata de documento expedido em data posterior ao acórdão proferido no julgamento do agravo legal e que manteve a decisão terminativa rescindenda, ocorrido em 12/05/2014, constituindo fato novo superveniente e não documento novo já existente ao tempo do processo em que proferido o julgado rescindendo.

7 - Ação rescisória improcedente.

8 - Condenação da parte autora ao pagamento de verba honorária, que arbitro moderadamente em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção, com a ressalva de se tratar de parte beneficiária da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Marcio Antônio de Menezes contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS com fundamento no artigo 485, V e VII Código de Processo Civil/73, atual artigo 966, V e VII do Código de Processo Civil, visando desconstituir o v.acórdão proferido pela E. Oitava Turma desta Corte, que negou provimento ao agravo legal e manteve a decisão terminativa proferida pela Exma. Desembargadora Federal Tânia Marangoni, no julgamento da apelação cível e remessa oficial nº 2012.61.03.003666-8/SP, que deu provimento à apelação do INSS e à remessa oficial para reformar a sentença de mérito proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de São José dos Campos/SP e julgar improcedente a ação revisional de benefício previdenciário versando a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição de que é titular o requerido em aposentadoria especial, mediante o reconhecimento da natureza especial das atividades desempenhadas no período de 04/12/1998 a 17/03/2011, em que esteve exposto ao agente nocivo ruído.

Sustenta o requerente ter o julgado rescindendo incidido em violação à literal disposição do artigo 68, § 2º do Decreto nº 3.048/99, por ser desnecessária a apresentação de laudo técnico para a comprovação do agente insalubre, bastando o formulário PPP como meio de prova suficiente para a comprovação da especialidade da atividade desempenhada pelo autor. Alega que a decisão administrativa negou o enquadramento no período em razão do uso de EPI eficaz, de forma que inviável a exigência de laudo na esfera judicial em complementação ao PPP apresentado.

Sustenta ainda o requerente ter obtido documento novo, consistente em novo formulário

PPP fornecido pela ex-empregadora, contendo a informação expressa de que a exposição ao agente nocivo ruído se dava de modo habitual e permanente, não eventual nem intermitente, documento apto, por si só, à concessão do benefício.

Pugna pela desconstituição do julgado rescindendo e, em sede do Juízo rescisório, seja proferido novo julgamento reconhecendo a natureza especial dos períodos questionados e a conversão do benefício atual em aposentadoria especial a partir do requerimento administrativo, 19/04/2011.

A fls. 106 foram concedidos os benefícios da justiça gratuita ao requerente.

Citado, o INSS apresentou contestação, sustentando a improcedência do pedido de rescisão fundado no artigo 485, VII do CPC/73, pois o PPP apresentado como documento novo foi emitido em 18/05/2015, após a prolação da decisão rescindenda, de forma que não ostenta a qualidade de novo para fins rescisórios, além de não ter sido justificada a impossibilidade de sua apresentação oportuna na ação originária.

Alega ainda não se encontrar demonstrada a hipótese de rescindibilidade do art. 485, V do CPC/73, por pretender o autor unicamente a renovação da lide e o reexame do quadro fático probatório produzido na ação originária. Subsidiariamente, pede a fixação dos efeitos financeiros da eventual condenação na data da citação na presente ação rescisória, a prescrição quinquenal e juros de mora a partir da citação.

Com réplica.

Sem dilação probatória, as partes apresentaram razões finais.

No parecer, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação rescisória. É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Em se tratando de ação rescisória ajuizada sob a égide do Código de Processo Civil anterior, entendo aplicável o regime jurídico processual de regência da matéria em vigor à época da sua propositura, em hipótese de ultratividade consentânea com o postulado do ato jurídico processual perfeito inscrito no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e com o artigo 14 do Código de Processo Civil.

Verifico que não houve o transcurso do prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil/73, atual artigo 975, *caput* do Código de Processo Civil, considerada a data do trânsito em julgado do v.acórdão rescindendo, 25.06.2014 (fls. 98) e a data do ajuizamento do feito, 25.06.2015

Do Juízo Rescindente:

Quanto à questão de fundo, dispõe o art. 485, V, do Código de Processo Civil/73:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)

V - violar literal disposição de lei.

A viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 485, V do CPC/73 decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole o dis-

positivo legal em sua literalidade, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária.

O pleito rescisório reside na alegação de violação ao artigo 68, § 2º do Decreto nº 3.048/99, com a redação vigente à época do requerimento administrativo, com o teor seguinte:

Art. 68. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.

(...)

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001)

O autor propôs ação revisional de benefício previdenciário cujo objeto é o reconhecimento da especialidade das atividades exercidas junto à empresa General Motors do Brasil Ltda., no período de 04/12/1998 a 17/03/2011, com a conversão da aposentadoria por tempo de serviço de que é titular em aposentadoria especial, desde a DER em 19.04.20011.

A decisão terminativa rescindenda acolheu o apelo do INSS e a remessa oficial e reformou a sentença para reconhecer a improcedência do pedido formulado na ação originária, nos termos seguintes:

Cuida-se de pedido de alteração de aposentadoria por tempo de contribuição para aposentadoria especial, com o reconhecimento de atividade exercida em condições especiais.

A Autarquia Federal foi citada em 13/08/2012.

A sentença julgou procedente o pedido, para fins de: a) reconhecer a especialidade da atividade desempenhada entre 04/12/1998 a 17/03/2011, somando aos demais períodos reconhecidos administrativamente; b) converter a aposentadoria por tempo de contribuição que o autor recebe atualmente (NB 155.832.374-8) em aposentadoria especial, desde 19/04/2011 (DER); c) condenar o réu no pagamento dos valores retroativos, a partir da DER, acrescidos de correção monetária e juros de mora, seguindo os indexadores disciplinados no “Manual de Orientações de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal”, descontados os valores já pagos administrativamente, a título de aposentadoria. Condenou, ainda, o réu ao pagamento de honorários advocatícios da parte adversa, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, para cujo cálculo só poderão ser consideradas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença (Súmula 111 do STJ). Isentou de.

A decisão foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, apela a Autarquia Federal, sustentando em síntese que não restou comprovada a atividade especial, conforme determina a legislação previdenciária vigente, com o laudo técnico de condições ambientais, contemporâneo ao período questionado, demonstrando a efetiva exposição aos agentes insalubres. Argumenta que a utilização de Equipamento de Proteção Individual - EPI descaracteriza a insalubridade da atividade, não fazendo jus à aposentadoria especial.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões subiram os autos a este Egrégio Tribunal. É o relatório.

A questão em debate consiste na possibilidade de se reconhecer o trabalho especificado na inicial em condições especiais para propiciar a alteração da aposentadoria por tempo de serviço integral para de aposentadoria especial.

Tal aposentadoria está disciplinada pelos arts. 57, 58 e seus §§ da Lei nº 8.213/91, para os

períodos laborados posteriormente à sua vigência e, para os pretéritos, pelo art. 35 § 2º da antiga CLPS.

O benefício é regido pela lei em vigor no momento em que reunidos os requisitos para sua fruição, mesmo tratando-se de direitos de aquisição complexa, a lei mais gravosa não pode retroagir exigindo outros elementos comprobatórios do exercício da atividade insalubre, antes não exigidos, sob pena de agressão à segurança, que o ordenamento jurídico visa preservar. De se observar que o ente previdenciário enquadrado como especial, no processo administrativo, o interstício de 10/09/1985 a 03/12/1998, de acordo com o documento de fls. 17/18, restando, portanto, incontroverso.

Na espécie, questiona-se o período de 04/12/1998 a 17/03/2011, pelo que a antiga CLPS e a Lei nº 8.213/91, com as respectivas alterações incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive quanto às exigências de sua comprovação.

A legislação de regência exige a demonstração do trabalho exercido em condições especiais, através do formulário emitido pela empresa empregadora e, tratando-se de exposição ao ruído, não se prescinde do respectivo laudo técnico a revelar o nível de ruído ambiental a que estaria exposto o autor.

In casu, para demonstrar a especialidade da atividade, o requerente juntou o perfil profissiográfico previdenciário de fls. 36, indicando que trabalhou na empresa General Motors do Brasil Ltda, no período de 10/09/1985 a 17/03/2011 (data de emissão do PPP), exercendo diversas funções, estando exposto ao agente agressivo ruído de 91db(A), no entanto, para o enquadramento a partir de 28/04/1995 se faz necessária a exposição ao agente agressivo de forma habitual e permanente, conforme dispõe o §3º, do artigo 57, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, o que não restou demonstrado no perfil profissiográfico, impedindo o reconhecimento como especial do labor.

Logo, o autor não faz jus ao reconhecimento da especialidade da atividade, no interstício questionado.

Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. LAUDO TÉCNICO. NÃO COMPROVAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO INSUFICIENTE. ERRO MATERIAL.

I - A jurisprudência firmou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

II - Somente a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, é exigível a apresentação de laudo técnico para comprovar a efetiva exposição aos agentes agressivos e/ou nocivos à saúde.

III - As informações devem ser concludentes acerca da nocividade do ambiente em que o segurado exerce seu mister, não se admitindo dados imprecisos com o fito de configurar a atividade especial. Destarte, não há de ser reconhecida atividade especial sem comprovação da prejudicialidade das condições de trabalho ou que não possa ser enquadrada segundo o grupo profissional enumerado nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, no caso de serviço prestado até a edição da Lei nº 9.032, de 28.04.1995, o que não se configura no caso em tela.

IV - Em não sendo reconhecida a condição especial da atividade prestada, o autor não atinge o tempo de serviço necessário para a obtenção do benefício.

V - (...)

VI - Apelação do autor improvida. Erro material conhecido, de ofício.”

(TRF 3ª Região - AC 200603990069254 - AC - Apelação Cível - 1089966 - Décima Turma - DJU data:14/03/2007, pág.: 608 - rel. Juiz Sergio Nascimento).

Assentados esses aspectos, tem-se que o autor não cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91.

Em face da inversão do resultado da lide, restam prejudicados os demais pontos do apelo.

Nos termos do artigo 557, do CPC, dou provimento ao reexame necessário e ao apelo autárquico para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de alteração da aposentadoria por tempo de contribuição para aposentadoria especial. Isenta a parte autora de custas e honorária, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita - artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal. (Precedentes RESP 27821-SP, RESP 17065-SP, RESP 35777-SP, RESP 75688-SP, Rext 313348-RS).
P.I., baixando os autos, oportunamente, à Vara de origem.

No tocante ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e à forma da sua demonstração, deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho, conforme jurisprudência pacificada da matéria (STJ - Pet 9.194/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria passou a ser prevista no inciso II do artigo 202 e disciplinada no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original previa que o benefício de aposentadoria especial seria devido ao segurado que, após cumprir a carência exigida, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, restando assegurada, ainda, a conversão do período trabalhado no exercício de atividades danosas em tempo de contribuição comum (§3º).

Em seguida, foi editada a Lei nº 9.032/95, alterando o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, dispondo que a partir desse momento não basta mais o mero enquadramento da atividade exercida pelo segurado na categoria profissional considerada especial, passando a ser exigida a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, que poderá se dar por meio da apresentação de informativos e formulários, tais como o SB-40 ou o DSS-8030.

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, que estabeleceu requisitos mais rigorosos para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, passou-se a exigir-se a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida. Todavia, por se tratar de matéria reservada à lei, tal exigência apenas tem eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Cumprido observar que a Lei nº 9.528/97 também passou a aceitar o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, documento que busca retratar as características de cada emprego do segurado, de forma a facilitar a futura concessão de aposentadoria especial. Assim, identificado no documento o perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é possível a sua utilização para comprovação da atividade especial em substituição ao laudo pericial.

Especificamente em relação ao ruído, o Decreto nº 53.831/64 considerava insalubre o labor desempenhado com exposição permanente a ruído acima de 80 dB; já o Decreto nº 83.080/79 fixava a pressão sonora em 90 dB. Na medida em que as normas tiveram vigência simultânea, prevalece disposição mais favorável ao segurado (80 dB).

Com a edição do Decreto nº 2.172/97, a intensidade de ruído considerada para fins de reconhecimento de insalubridade foi elevada para 90 dB, mas, em 2003, essa medida foi reduzida para 85 dB, por meio do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003.

Em relação ao agente ruído, vigora o princípio do *tempus regit actum*. Considera-se especial a atividade desenvolvida acima do limite de 80dB até 05/03/1997, quando foi editado o Decreto nº 2.172/97, a partir de então deve-se considerar especial a atividade desenvolvida acima de 90dB até 18/11/2003, quando foi editado o Decreto nº 4882/2003. A partir de

19/11/2003 o limite passou a ser de 85 dB.

Saliente-se que a especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou perfil profissiográfico previdenciário (a partir de 11/12/97).

O julgado rescindendo foi expresso em afastar a natureza especial do período relativo de 04/12/1998 a 17/03/2011, reconhecendo que o formulário PPP apresentado na ação originária não especificou se a exposição ao agente nocivo ruído se dava de forma habitual e permanente, conforme disposto no art. 57, § 3º da Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 9.032/95.

Em nenhum momento o julgado rescindendo fundamentou a improcedência do pedido formulado na ação originária na falta de apresentação de laudo técnico em complementação ao formulário PPP apresentado pelo autor.

De fato, no formulário PPP que instruiu a ação originária não há qualquer informação acerca da continuidade da exposição do autor ao agente nocivo, informação cuja relevância decorre da necessidade do esclarecimento se se tratava de exposição de natureza não eventual ou intermitente, de modo a atender a exigência contida na Lei de Benefícios.

Como se vê, a pretensão rescindente deduzida reside precipuamente na rediscussão dos requisitos para o reconhecimento do caráter especial dos períodos alegados como de labor insalubre e é direcionada exclusivamente ao questionamento do critério de valoração da prova produzida na ação originária adotado pelo julgado rescindendo, fundamentado no livre convencimento motivado, pretendendo sua reavaliação segundo os critérios que entende corretos.

Tal pretensão se afigura inadmissível na via estreita da ação rescisória com fundamento no artigo 485, V do CPC/73, ante o notório o intento da requerente de obter o reexame das provas produzidas na demanda originária e o seu re julgamento.

Das razões aduzidas na petição inicial não se pode reconhecer tenha o julgado rescindendo incorrido a hipótese de rescindibilidade prevista no inciso V do artigo 485 do CPC/73, pois não veiculou interpretação absolutamente errônea da norma regente da matéria, não configurando a violação a literal disposição de lei a mera injustiça ou má apreciação das provas.

Nesse sentido a orientação pacífica da Egrégia Terceira Seção deste Tribunal Regional Federal:

ACÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISO V. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. PRETENSÃO DE NOVA ANÁLISE DO CASO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

(...)

- A rescisória não se confunde com nova instância recursal, exigindo-se que o posicionamento seguido desborde do razoável, agredindo a literalidade ou o propósito da norma, não servindo à desconstituição, com fulcro no inciso V do artigo 485 do CPC, a veiculação de pedido com base em mera injustiça ou má apreciação das provas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0008904-67.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, julgado em 22/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/06/2014)

ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO. PEDIDO DE RESCISÃO QUE DEPENDE DE REEXAME DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. ACÇÃO RESCISÓRIA QUE SE JULGA IMPROCEDENTE.

- 1) Na ação rescisória, não se examina o direito da parte, mas a decisão passada em julgado, que só se rescinde nos específicos casos do art. 485 do CPC.
 - 2) Os dispositivos tidos por violados (arts. 157, IX, da CF de 1946, e 165, X, da CF de 1967, e arts. 55, § 3º, e 106, da Lei 8213/91) só se aplicam a quem tenha exercido atividade laboral (no caso, rural).
 - 3) O colegiado, analisando as provas (material e testemunhal), concluiu que, no período questionado (de 2/12/1964 a 1/11/1975), o autor não era trabalhador rural, mas estudante.
 - 4) Logo, não há como concluir que tenha havido violação a literal disposição de lei ou erro de fato, pois que, além da controvérsia sobre o tema, houve pronunciamento judicial sobre ele.
 - 5) A má apreciação da prova não autoriza o exercício da ação rescisória.
 - 6) Ação rescisória que se julga improcedente.
- (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0046332-25.2008.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, julgado em 08/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2013)

AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO DE RESCISÃO COM BASE EM VIOLAÇÃO À LEI RESCISÃO QUE DEPENDE DE REEXAME DA CAUSA ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC.

- 1) Se o julgador da ação originária, analisando as provas colhidas naquela demanda, concluiu que a atividade exercida pelo obreiro (Chefe de Manutenção) estava sujeita a agentes insalubres, não cabe ao julgador da rescisória afirmar o contrário, pois que, para isso, teria de reexaminá-la (provas, fundamentos, etc.), o que não corresponde a nenhuma das causas de rescisão elencadas no art. 485 do CPC.
 - 2) Ainda que se concluísse que a especialidade da atividade se concentrava em determinados períodos da jornada de trabalho do obreiro, o julgador da rescisória não poderia afirmar que houve violação à lei, pois que, para isso, teria que se filiar a uma das tantas possíveis correntes que têm por especial a totalidade ou a parcialidade da jornada sob tais agentes. Assim, se a interpretação da norma não destoia do razoável, não há como acoimar o julgado de violador da lei.
 - 3) Tratando-se de demanda em que o acolhimento do pedido de rescisão do julgado depende de reexame da causa originária, não há como vislumbrar venha a ser acolhido pelo colegiado desta Terceira Seção, razão pela qual não há sentido em se movimentar toda a máquina judiciária para, ao final, chegar ao único resultado tantas vezes aqui proclamado. Inteligência do art. 285-A do CPC.
 - 4) Agravo regimental improvido.
- (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0014751-16.2013.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONARDO SAFI, julgado em 12/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2013)

No mesmo sentido a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO CONFIGURAÇÃO. JULGADO FUNDADO NA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. NOVO REJULGAMENTO DA CAUSA EM RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DE ÍNDOLE RESTRITA. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. (...).
2. A violação a literal dispositivo de lei autoriza o manejo da ação rescisória apenas se do conteúdo do julgado que se pretende rescindir extrai-se ofensa direta a disposição literal de lei, dispensando-se o reexame de fatos da causa.
3. Demanda rescisória não é instrumento hábil a rediscutir a lide, pois é de restrito cabimento, nos termos dos arts. 485 e seguintes do CPC.

4. Decisão recorrida que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista a ausência de argumentos novos aptos a modificá-la.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 450.787/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 26/05/2014)

Conclui-se, portanto, não ter restado caracterizada a hipótese de rescindibilidade previstas no art. 485, V do Código de Processo Civil/73, impondo-se a rejeição da pretensão rescindente deduzida.

Quanto à hipótese de rescindibilidade fundada em documento novo, o art. 485, VII, do Código de Processo Civil/73 dispõe:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

A caracterização de documento novo pressupõe a existência cumulativa dos requisitos da sua pré-existência ao julgado rescindendo, o desconhecimento de sua existência pela parte ou a impossibilidade de sua obtenção e sua aptidão de, por si só, alterar o resultado do julgamento em favor da parte requerente. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. DEVOLUTIVIDADE DA INFRINGÊNCIA. OBSERVÂNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. INOCORRÊNCIA. DOCUMENTO NOVO APTO A JULGAMENTO FAVORÁVEL AO DEMANDANTE. INEXISTÊNCIA. PATENTE INOVAÇÃO EM SEDE DE RESCISÓRIA DA TESE DEFENSIVA ARTICULADA NA AÇÃO DA QUAL EXSURTIU A COISA JULGADA. INADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO DE ANÁLISE DE QUESTÕES QUE SE RESUMEM AO CONTEXTO FÁTICO APRECIADO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO N. 7/STJ.

1. Ausência de negativa de prestação jurisdiccional. O debate procedido na origem foi longo e os votos compreensivos de tudo o quanto alegado pelas partes, remanescendo, quando da interposição dos embargos de declaração, irresignação acerca das conclusões fixadas no julgado e não, propriamente, a existência de omissões acerca de pontos relevantes da controvérsia.

2. Inexistência de extravaso nos limites cognitivos dos embargos infringentes. A potencialidade de o documento novo vir a favorecer o demandante imiscuiu-se com a sua prestabilidade e relevância como prova de quitação, ou seja, o iudicium rescissorium. Presença no acórdão que julgou a pretensão rescisória da parcialidade também quanto à prova da quitação dos valores que foram objeto de cobrança na ação anterior.

3. O documento novo apto a dar ensejo à rescisão, segundo doutrina e jurisprudência dominante, é aquele: a) existente à época da decisão rescindenda; b) ignorado pela parte ou que dele ela não poderia fazer uso; c) por si só apto a assegurar pronunciamento favorável; d) guarde relação com fato alegado no curso da demanda em que se originou a coisa julgada que se quer deconstituir.

4. Caso concreto em que a Corte de origem reconheceu não guardarem relação, os documentos apresentados, com fato alegado na ação originária, não evidenciarem a quitação da obrigação objeto de cobrança em ação transitada em julgado, nem ter-se escusado o demandante de sua não apresentação em momento processual oportuno.

5. Manutenção da decisão de improcedência da ação rescisória.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1293837/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 06/05/2013)

No mesmo sentido a jurisprudência da Egrégia 3ª Seção desta Corte, consoante os precedentes seguintes:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. ELEMENTOS DE PROVA. EXPRESSO PRONUNCIAMENTO. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. DOCUMENTO NOVO. INEXISTÊNCIA.

1 - O *decisum* foi claro na exposição do fundamento que levou ao provimento do apelo da Autarquia Previdenciária e, conseqüentemente, à reforma da sentença de primeiro grau, concessiva da aposentadoria por idade.

2 - O autor pretende o reexame da prova produzida, ao que não se presta a ação rescisória, a qual não se confunde com nova instância recursal, mas se constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando, dessa forma a apreciar justiça ou injustiça da decisão rescindenda.

3 - Em se tratando de documento novo, é necessário que ele já existisse ao tempo do processo no qual se proferiu a sentença rescindenda e que o mesmo seja capaz, por si só, de alterar o resultado da decisão impugnada.

4 - documento s já apresentados na ação subjacente não serão considerados aos fins pretendidos.

5 - documento de cunho particular não tem a mesma força probante daqueles expedidos por órgãos públicos, especialmente quando não esclarece qual a atividade exercida pelo freguês.

6 - A Certidão expedida pela Secretaria Municipal de Saúde (fl. 28), foi constituída em 26 de julho de 1999 e, portanto, não existia ao tempo da demanda subjacente, proposta em 25 de novembro de 1997.

7 - Pedido rescisório julgado improcedente.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0039896-65.1999.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES, julgado em 24/03/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2011 PÁGINA: 285)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DOCUMENTOS NOVOS. NÃO SE AMOLDAM AO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO. REQUISITOS DO INCISO VII DO ART. 485 NÃO PREENCHIDOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I - Considera-se documento novo, apto a autorizar o decreto de rescisão, aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da ação rescisória, ou que dele não pôde fazer uso. O documento deve ser de tal ordem que, por si só, seja capaz de alterar o resultado da decisão rescindenda e assegurar pronunciamento favorável.

II - No caso específico do trabalhador rural é tranquila a orientação no sentido de que é possível inferir a inexistência de desídia ou negligência da não utilização de documento preexistente, quando do ingresso da ação original, aplicando-se a solução *pro misero*.

III - Os documento s apresentados como novos são insuficientes para garantir à autora o pronunciamento favorável, tendo em vista que o julgado rescindendo aceitou a certidão de casamento, constando o marido lavrador, como início de prova material e negou o benefício em face da fragilidade da prova testemunhal.

IV - Os documentos apontados como novos, ainda que apresentados no feito originário, não seriam suficientes, de per si, a modificar o resultado do julgamento exarado naquela demanda e, por conseguinte, não bastam para o fim previsto pelo inciso VII do art. 485.

V - Rescisória improcedente. Isento de custas e honorária em face 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, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0021917-41.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 11/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. DOCUMENTO NOVO INSERVÍVEL. PREEXISTÊNCIA NÃO COMPROVADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I. O documento apontado como novo, o qual consiste na sentença proferida no âmbito da Justiça do Trabalho em 28/03/2012, reconhecendo vínculo empregatício do de cujus, foi produzido em momento posterior ao trânsito em julgado da ação originária, ocorrido em 30/03/2011, não podendo aparelhar a ação rescisória com supedâneo no art. 485, inc. VII, do CPC. A demanda trabalhista também foi ajuizada posteriormente, sendo autuada em 27/01/2012.

II. Reputa-se documento novo a ensejar a propositura da ação rescisória, aquele que preexistia ao tempo do julgado rescindendo, cuja existência era ignorada pelo autor ou do qual não pôde fazer uso oportuno tempore, ou seja, no curso da ação subjacente. Ademais, é preponderante que o documento novo seja de tal ordem capaz, por si só, de alterar o resultado do julgado rescindendo, assegurando pronunciamento judicial favorável à parte autora. Precedentes do C. STJ.

III. A existência do documento deve ser, ao menos, concomitante ao da prolação da decisão que se pretenda rescindir e, no caso dos autos, o documento apresentado pela autora foi produzido posteriormente ao trânsito em julgado da ação primeva, e desse modo, jamais poderia ter sido objeto de conhecimento do Juízo que apreciou a demanda originária.

IV. Além disso, o documento apresentado pela autora não poderia, por si só, assegurar o provimento da ação em seu favor, já que, muito embora a sentença trabalhista reconheça vínculo empregatício do seu falecido esposo, não há informação expressa acerca do período da relação de emprego reconhecido, razão pela qual não se presta a provar a qualidade de segurado do falecido. Porquanto, o documento novo é inservível à desconstituição do julgado rescindendo.

V. Não restou concretizada a hipótese de rescisão prevista art. 485, inc. VII, do CPC.

VI. Agravo Legal não provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0015273-77.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 14/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2014)

No caso presente, verifico o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade do pleito rescisório com base em documento novo.

A parte autora invoca como documento novo o formulário PPP constante de fls. 11/14, expedido em 18/05/2015, do qual consta a exposição a ruído de 91 dB no período de 04/12/1998 a 17/03/2011, constando a observação de que a “exposição a fatores de risco ocorreram de maneira habitual, permanente, não ocasional nem intermitente.” (fls. 14), suprimindo a omissão verificada no formulário PPP que instruiu a ação originária.

No caso presente, exsurge manifesto não se prestar o novo formulário PPP fornecido pela ex-empregadora como documento idôneo a autorizar o pleito rescisório com base em documento novo, pois se trata de documento expedido em data posterior ao acórdão proferido no julgamento do agravo legal e que manteve a decisão terminativa rescindendo, ocorrido em 12/05/2014, constituindo fato novo superveniente e não documento novo já existente ao tempo do processo em que proferido o julgado rescindendo.

Incabível assim o acesso à via da ação rescisória com base em documento novo que não existia à época da prolação da decisão rescindendo, quando esta emitiu provimento de mérito acerca da matéria de fato segundo a prova produzida nos documentos que instruíram a inicial da ação originária.

Desta forma não restaram caracterizadas as hipóteses de rescindibilidade previstas no artigo 485, V e VII do Código de Processo Civil/73.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação rescisória.

Condeno a parte autora ao pagamento de verba honorária, que arbitro moderadamente em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção, com a ressalva de se tratar de parte beneficiária da justiça gratuita.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0020273-29.2015.4.03.9999
(2015.03.99.020273-3)

Apelante: OTONIEL DA SILVA BEZERRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO MANUEL - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: Ap 2068128
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DECORRENTE DE ALIMENTOS. RESTITUIÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE.

I- Encontra-se acostada aos autos a cópia da decisão judicial que determinou os descontos a título de pensão alimentícia do benefício previdenciário do autor. De toda a documentação acostada aos autos, verifica-se também que a autarquia, em cumprimento à decisão judicial, efetuou os descontos no aludido benefício, bem como o autor procedeu voluntariamente ao depósito do valor da pensão diretamente na conta bancária da alimentada. Ocorre que não há que se falar em condenação do INSS à restituição dos valores pagos pelo autor voluntariamente, uma vez que a autarquia apenas procedeu ao cumprimento da determinação do Juízo. Como bem asseverou o MM. Juiz *a quo*: “(...) diante da farta prova documental colacionada no feito, não verifico qualquer irregularidade praticada pelo requerido, pois as parcelas da pensão alimentícia foram sendo depositadas sem que o INSS soubesse de tal procedimento, o autor simplesmente não comunicou que estava efetuando o pagamento das pensões alimentares diretamente na conta bancária da beneficiada, logo, não tem razão o autor em tentar reaver os valores descontados de seu benefício previdenciário. Vale dizer, foi o próprio autor que provocou a situação posta em juízo, por isso mesmo não pode querer agora reaver os valores descontados, ou seja, a culpa é exclusiva do autor. Mesmo que assim não fosse, tem respaldo o argumento do instituto quando afirma que não havia outra conduta a ser realizada senão providenciar os descontos do benefício previdenciário do autor, pois não existia nenhuma ordem judicial contrária, vez que foi por ordem judicial que os descontos se deram, como o próprio autor narra na inicial, desse modo, para interromper os descontos o caminho deveria ser o mesmo, também por ordem judicial. É razoável pensar assim, estranho seria se não fosse dessa forma. Via de consequência, não há nenhuma responsabilidade a ser apurada contra o requerido, se quiser o autor buscar a devida indenização deve buscá-la contra a beneficiária da pensão alimentícia, porque esta é quem recebeu duas vezes pelo mesmo direito, enriquecendo-se ilicitamente” (fls. 126).

II- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, afirmando, em síntese, que autorizou o pagamento de pensão alimentícia mediante o desconto em seu auxílio doença, conforme ação cautelar anteriormente ajuizada na 1ª Vara da Comarca de São Manuel/SP (processo nº 551/04). Alega o autor que acabou depositando diretamente o valor de R\$1.885,86 na conta bancária da alimentanda, no entanto, os descontos em seu benefício no período de janeiro a novembro de 2007 pela autarquia continuaram sem qualquer justificativa, totalizando R\$1.987,00, motivo pelo qual requer seja autarquia condenada à restituição de tais valores.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apelou a parte autora, requerendo a reforma integral do *decisum*.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, afirmando, em síntese, que autorizou o pagamento de pensão alimentícia mediante o desconto em seu auxílio doença, conforme ação cautelar anteriormente ajuizada na 1ª Vara da Comarca de São Manuel/SP (processo nº 551/04). Alega o autor que acabou depositando diretamente o valor de R\$1.885,86 na conta bancária da alimentanda, no entanto, os descontos em seu benefício no período de janeiro a novembro de 2007 pela autarquia continuaram sem qualquer justificativa, totalizando R\$1.987,00, motivo pelo qual requer seja autarquia condenada à restituição de tais valores.

O INSS, em sua contestação, alega que ao efetuar os aludidos descontos apenas cumpriu a determinação judicial, uma vez que o simples fato de o requerente ter efetuado o pagamento dos valores referentes à pensão alimentícia não retira o dever da autarquia de cumprir a ordem judicial de realizar os descontos.

De fato, encontra-se acostada aos autos a cópia da decisão judicial que determinou os descontos a título de pensão alimentícia do benefício previdenciário do autor. De toda a documentação acostada aos autos, verifica-se também que a autarquia, em cumprimento à decisão judicial, efetuou os descontos no aludido benefício, bem como o autor procedeu voluntariamente ao depósito do valor da pensão diretamente na conta bancária da alimentada.

Ocorre que não há que se falar em condenação do INSS à restituição dos valores pagos pelo autor voluntariamente, uma vez que a autarquia apenas procedeu ao cumprimento da determinação do Juízo. Como bem asseverou o MM. Juiz *a quo*: “(...) diante da farta prova documental colacionada no feito, não verifico qualquer irregularidade praticada pelo requerido, pois as parcelas da pensão alimentícia foram sendo depositadas sem que o INSS soubesse de tal procedimento, o autor simplesmente não comunicou que estava efetuando o pagamento das pensões alimentares diretamente na conta bancária da beneficiada, logo, não tem razão o autor em tentar reaver os valores descontados de seu benefício previdenciário. Vale dizer, foi o próprio autor que provocou a situação posta em juízo, por isso mesmo não pode querer agora reaver os valores descontados, ou seja, a culpa é exclusiva do autor. Mesmo que assim não fosse, tem respaldo o argumento do instituto quando afirma que não havia outra conduta a ser realizada senão providenciar os descontos do benefício previdenciário do autor, pois não existia nenhuma ordem judicial contrária, vez que foi por ordem judicial que os descontos se deram, como o próprio autor narra na inicial, desse modo, para interromper os descontos o caminho deveria ser o mesmo, também por ordem judicial. É razoável pensar assim, estranho seria se não fosse dessa forma. Via de consequência, não há nenhuma responsabilidade a ser apurada contra o requerido, se quiser o autor buscar a devida indenização deve busca-la contra a beneficiária da pensão alimentícia, porque esta é quem recebeu duas vezes pelo mesmo direito, enriquecendo-se ilicitamente” (fls. 126).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0015774-31.2017.4.03.9999

(2017.03.99.015774-8)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 33
Interessado: ODILON CAMELO LIMA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE HORTOLÂNDIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: ApReeNec 2241419
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDAMENTE PAGO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 115, § 3º DA LEI 8.213/91 (MP Nº 780/17). LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO

- Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado motivadamente, de forma clara e precisa, decidiu pela impropriedade da via processual eleita para cobrança do débito oriundo do pagamento indevido de benefício previdenciário, uma vez que o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.350.804/PR, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a inadequação da execução fiscal para a cobrança de valores pagos em decorrência de benefício previdenciário indevido.

- No que se refere à recente inclusão do § 3º no artigo 115 da Lei 8.213/91, pela Medida Provisória nº 780/17, cumpre ressaltar que se trata de nova hipótese normativa, não contemplada na legislação pretérita, nem mesmo a título interpretativo, razão pela qual, por ser novação jurídica, somente pode regular ações ajuizadas após a vigência da nova lei, sendo inviável a sua retroatividade.

- Agasalhado o v. Acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 1.022, do CPC.

- O Recurso de Embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.

- A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 1.022, do CPC.

- Embargos de declaração improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Trata-se de embargos de declaração, opostos pela Autarquia Federal, em face do v. Acórdão que, por unanimidade, negou provimento ao seu apelo, mantendo a r. sentença que julgou extinta a execução fiscal que moveu o INSS contra Odilon Camelo Lima.

Alega o embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no julgado, posto que a decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.350.804-PR, estaria equivocada, uma vez que na época em que fora proferida o INSS já contava com autorização legal para a inscrição na dívida ativa de seus créditos, albergada pelo artigo 115, § 3º, da MP nº 780/2017. Invoca os artigos 493 do NCPC e 462 do antigo CPC, que tratam sobre casos constitutivos, modificativos e extintivos do direito, afirmando que a aplicação da novel legislação no presente feito respeita os princípios da razoabilidade e da eficiência, na medida em que evita a propositura de uma nova execução fiscal. Sustenta que o STJ já se pronunciou acerca da possibilidade de aplicação do artigo 462 do antigo CPC, cuja redação é praticamente igual a do art. 493 do NCPC, nos casos de modificação legislativa superveniente.

Prequestiona a matéria.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Não merece acolhida o recurso interposto pelo embargante, por incorrentes as falhas apontadas.

Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado motivadamente, de forma clara e precisa, decidiu pela impropriedade da via processual eleita para cobrança do débito oriundo do pagamento indevido de benefício previdenciário, uma vez que o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.350.804/PR, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a inadequação da execução fiscal para a cobrança de valores pagos em decorrência de benefício previdenciário indevido.

No que se refere à recente inclusão do § 3º no artigo 115 da Lei 8.213/91, pela Medida Provisória nº 780/17, cumpre ressaltar que se trata de nova hipótese normativa, não contempla-

da na legislação pretérita, nem mesmo a título interpretativo, razão pela qual, por ser novação jurídica, somente pode regular ações ajuizadas após a vigência da nova lei, sendo inviável a sua retroatividade.

Nesta esteira, agasalhado o v. acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explicar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 1.022 do CPC.

Da mesma forma, a pretensão do embargante de apreciação detalhada das razões expendidas para fins de prequestionamento visando justificar a interposição de eventual recurso, do mesmo modo merece ser afastada.

A finalidade do prequestionamento não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 1.022, do CPC.

Por essas razões, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

0000239-52.2018.4.03.0000

(2018.03.00.000239-4)

Requerente: SUL AMÉRICA CIA. DE SEGURO SAÚDE

Requerida: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: IncResDemR 19

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2018

DECISÃO

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas proposto por SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, acerca da “obrigatoriedade de observância da Lei 9.703/1998, que dispõe sobre os depósitos judiciais de tributos e contribuições federais, principalmente no que diz respeito à atualização pela TAXA SELIC dos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998, nos precisos termos do inciso I, do §3º, do artigo 1º c/c artigo 4º”.

Alegou que: (1) há decisões divergentes sobre a matéria entre as Turmas do TRF da 3ª Região, o que tem ocasionado insegurança jurídica, mormente pela sorte do recurso ser definida no ato da distribuição; (2) o autor interpôs o AI 5005009-03.2018.4.03.0000, nos autos de mandado de segurança 2000.61.00.010564-9, ainda pendente de julgamento no tribunal, que tem como objeto a mesma discussão jurídica aqui travada; (3) A CEF não direcionou os depósitos judiciais dos autos para o Tesouro Nacional, nos moldes da lei 9.703/1998, mantendo-os em conta sujeita à TR - Taxa Referencial, em contrariedade à decisão judicial; (4) a CEF nunca esteve juridicamente impedida de cumprir os ditames da Lei 9.703/1998, pois a ordem judicial contida no Ofício 143/GA01/L1.100/98, de suspensão dos efeitos da referida lei, não poderia ter aplicado efeitos erga omnes, usurpando a competência do STF para o controle de constitucionalidade concentrado; (5) o depósito judicial não é investimento, devendo ser corrigido e restituído na mesma razão do débito; (6) com a edição da Lei 9.703/1998, todos os depósitos relativos aos tributos federais ficaram sujeitos as suas regras, revogadas implicitamente todas as leis anteriores que dissessem respeito ao tema; (7) a questão de direito conta com inúmeras decisões conflitantes no âmbito desta Corte, com potencialidade de repetição em demandas futuras; e (8) embora as decisões apontadas como conflitantes tenham inclinação pela tese sustentada pela CEF, em todos os casos analisados pelo STJ, oriundos do TRF da 3ª Região, ocorreu a reforma do julgado.

Foram juntadas peças da ação originária e julgamentos com as decisões que entende conflitantes.

DECIDO.

Para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto jurídico previsto no novel Código de Processo Civil, há dois requisitos concomitantes:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Leciona a abalizada doutrina que o “incidente tem por objetivo, à semelhança do que já ocorre com muitos institutos do CPC em vigor, proporcionar uniformização do entendimento acerca de certa tese jurídica. A decisão que deve ser considerada, a respeito de certa tese jurídica comum a inúmeras ações, ocorre, quando se utiliza esse instituto, no segundo grau de jurisdição. O teor da decisão do Tribunal é o ponto de partida para que os juízes singulares decidam seus processos.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil - artigo por artigo. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1396).

Inicialmente, ressalte-se que o IRDR não deve originar-se de um caso específico ou pretender unicamente a solução jurídica para a ação do qual é extraído.

Busca-se a solução equânime para atuais e futuras ações que se encontrem na mesma situação jurídica, permitindo a pacificação jurisprudencial de matérias eminentemente de direito e que venham sendo enfrentadas divergentemente pelos órgãos do Poder Judiciário.

No caso, o autor do incidente objetiva alcançar, na verdade, o próprio comando judicial pretendido no agravo de instrumento 5005009-03.2018.4.03.0000, que impugna a decisão de piso que considerou inaplicável a Lei 9.703/1998 aos depósitos judiciais realizados no período de abril de 2000 a abril de 2003, incidindo somente a correção monetária pela TR, nos moldes do artigo 3º do Decreto-Lei 1.737/1979, combinado com o artigo 11, §1º, da Lei 9.289/1996. No seu entender, o Juízo agravado realizou controle abstrato de constitucionalidade ao suspender os efeitos da referida lei, usurpando competência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

A petição inicial para além de delimitar o direito em tese que pretende ver analisado no âmbito do presente IRDR, insurge-se claramente contra decisão do Juízo da 1ª Vara Federal de São Paulo, repetindo, aqui, os argumentos do agravo de instrumento, ainda pendente de julgamento, especialmente a contrariedade ao conteúdo do Ofício 143/GA1/L1.100/98, que determinou à CEF que não transferisse depósitos para a conta do Tesouro Nacional sem a concordância do depositante ou sem determinação judicial.

Mutatis mutandis, confira-se o precedente desta Corte:

INCRESDEMR 0013662-50.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. COTRIM GUIMARÃES, e-DJF3 17/08/2017:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS EM EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA A SOCIEDADE EMPRESÁRIA. AUSÊNCIA DE REPETIÇÃO DE PROCESSOS E DE CONTROVÉRSIA SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO. INCIDENTE NÃO ADMITIDO.

I - O artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

II - O incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser utilizado como sucedâneo da ação rescisória ou para a exclusiva satisfação de pretensão pessoal, referente a caso específico, uma vez que o inciso I do artigo 976 do Código de Processo Civil requer a existência de efetiva repetição de processos que contenham a mesma questão unicamente de direito.

III - Hipótese dos autos em que os requerentes apontam controvérsia a respeito da responsabilidade tributária a eles atribuída, na condição de sócios de sociedade empresária, em três execuções fiscais específicas, pois foram excluídos do polo passivo de duas execuções e mantidos numa terceira, o que não atende ao requisito da necessidade de repetição de processos.

IV - Inexistência de controvérsia a ensejar a instauração do incidente. A manutenção no polo passivo de uma das execuções fiscais decorreu do fato específico de o débito se tratar de

contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados e não repassadas ao INSS, matéria que não foi discutida por ocasião do reconhecimento da ausência de responsabilidade dos sócios pelos débitos cobrados nas outras duas execuções fiscais.

V - Incidente não admitido.

De outra ponta, o requerente deve, efetivamente, comprovar a contenda judicial envolvendo a matéria jurídica, de modo que não restem dúvidas tanto da repetição da matéria quanto das decisões conflitantes, bem como da possibilidade de novas decisões divergentes, a afetar a isonomia e a segurança jurídica.

Da análise dos julgados apresentados, verifica-se que nem todos compreendem matéria unicamente de direito, um dos requisitos do incidente, pois, ao contrário, alguns versam sobre a utilização pelo depositante da guia simples em detrimento da utilização da guia DARF (artigo 1º, na Lei 9.703/1998), o que acarretaria o depósito para conta judicial e não para a conta única do Tesouro Nacional, constatando-se que naquelas ações também se discutiu matéria fática, que não guarda estrita correlação com o direito em tese que se busca uniformizar.

Neste sentido, o precedente:

IncResDemR 0004063-53.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, e-DJF3 18/05/2018:

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PREVIDENCIÁRIO. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO EM RAZÃO DA ECLOSÃO DE MOLÉSTIA INCAPACITANTE EM MOMENTO ANTERIOR À EVENTUAL PERDA DAQUELA CONDIÇÃO.

1. Constituem requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas: a ocorrência simultânea de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; a inexistência de recurso repetitivo afetado por Tribunal Superior para a definição de tese sobre a mesma matéria.

2. Além disso, o ofício ou a petição apresentada para a instauração do incidente deverá ser instruída com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos à sua admissão.

3. Nas causas que versam sobre benefícios por incapacidade, a análise do preenchimento do requisitos, inclusive no que diz respeito à manutenção da qualidade de segurado, no caso em que o trabalhador deixa de contribuir em razão da eclosão de moléstia incapacitante em momento anterior à eventual perda daquela condição, impõe o exame do conjunto probatório carreado aos autos, bem como a análise da efetiva incapacidade para o desempenho de atividade profissional, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas.

4. A matéria versada nos autos não é unicamente de direito, uma das condições necessárias para a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas.

5. Incidente não admitido.

Reputa-se, pois, não comprovada cabalmente a repetida discrepância dos entendimentos judiciais.

Ademais, divisa-se dos julgados apresentados, resolução de matéria de fato, insindicável pelo instituto processual em análise.

Ante o exposto, inadmito o incidente.

São Paulo, 31 de julho de 2018.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0012813-83.2018.4.03.9999
(2018.03.99.012813-3)

Apelante: MARIA APARECIDA DA SILVA CARRIEL
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE APIAI - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
 Classe do Processo: Ap 2302975
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ABANDONO DE CAUSA NÃO CARACTERIZADO. PENSÃO POR MORTE. AÇÃO MOVIDA EM NOME PRÓPRIO PELA GUARDIÃ DOS FILHOS MENORES DA FALECIDA SEGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 485, IV, DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. JUSTIÇA GRATUITA.

I - Para se caracterizar o abandono de causa, deve estar evidenciado o elemento subjetivo, consubstanciado na vontade inequívoca do autor em não mais prosseguir com o feito.

II - No caso vertente, a autora, em sua apelação, apresentou nova procuração, constituindo nova advogada, de modo que, sopesando todo o contexto fático, concluiu que a parte autora, em que pese sua imprudência ao deixar de informar ao Juízo seu endereço atualizado, não tinha real intenção de abandonar a causa.

III - No caso dos autos, observa-se claramente a ilegitimidade ativa da autora para atuar na causa, tendo em vista que ajuizou a presente ação, em nome próprio, para que a pensão pela morte de sua genitora lhe seja concedida, na qualidade de guardiã de seus irmãos menores.

IV - A autora é carecedora de ação, pois a pensão por morte, nos termos do artigo 74 da LBPS, é paga aos dependentes do segurado falecido e ela, na condição de filha maior de 21 anos, não ostenta tal qualidade. Assim, teriam legitimidade para pleitear tal benefício os irmãos menores da demandante, ainda que por ela representados e/ou assistidos, porém não a requerente em nome próprio.

V - Honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

VI - Apelação da parte autora improvida. Mantida a extinção do feito sem resolução do mérito, embora por fundamento diverso (artigo 485, VI, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

à apelação da parte autora, mantendo a extinção do feito sem resolução do mérito, embora por fundamento diverso (artigo 485, VI, do CPC), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de julho de 2018.

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, com fulcro no artigo 485, III, c/c parágrafo único, do CPC, ação previdenciária em que objetiva a parte autora a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de Alzira Carriel Monteiro. Não houve condenação em custas e honorários advocatícios, por ser a demandante beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões recursais, alega a parte autora que o processo foi extinto em virtude da procuração outorgada à sua advogada estar incorreta, mas que tal questão foi regularizada em janeiro de 2016, e que desde então aguardava a citação do INSS, que apresentou resistência à sua pretensão, de modo que a partir daquele momento o feito se encontrava pronto para julgamento. Aduz que não lhe foi dada oportunidade para indicar novo patrono, bem como para atualizar seu endereço, o que configurou cerceamento de defesa, ocasionando-lhe prejuízo irreparável. Argumenta que igualmente poder-lhe-ia ser designado, “de ofício” novo procurador do convênio que a OAB/SP mantém com a Defensoria Pública. Sustenta que promoveu a presente ação, buscando o rateio da pensão por morte decorrente do falecimento de sua genitora, atualmente percebida exclusivamente por seu pai, tendo em vista que seus irmãos menores, dos quais é guardião, igualmente fazem jus ao benefício, na forma do artigo 77 da Lei nº 8.213/91. Afirma que o magistrado *a quo* agiu com excesso de rigor processualístico ao extinguir o feito sem resolução do mérito, já que este poderia ter sido julgado no estado em que se encontrava. Pugna pelo deferimento do benefício almejado, com o pagamento dos atrasados acrescidos de correção monetária e juros de mora, estes contados da citação, bem como pela condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios equivalentes a 15% dos valores devidos até a data da prolação do acórdão desta Corte.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Pleiteia a parte autora, Maria Aparecida da Silva Carriel, a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de Alzira Carriel Monteiro, sua genitora, argumentando que embora o benefício esteja sendo integralmente recebido por seu pai, Samuel da Silva Cardoso, seus cinco irmãos menores ficaram sob sua guarda e responsabilidade. Aduz, dessa forma, que ela faz jus ao rateio do benefício, na condição de guardião dos filhos menores da instituidora.

No caso dos autos, o magistrado *a quo*, verificando que a procuração inicialmente apresentada pela autora mencionava ação diversa da que foi proposta, visto que outorgava poderes para a propositura de ação de “Guarda - Modificação de Guarda com ou sem Regulamentação de Visitas” (fl. 07), e considerando ser cediço que o convênio DPE/OAB não prevê o pagamento de ações na área previdenciária, determinou à advogada que esclarecesse tal fato ou regularizasse o instrumento de mandato, no prazo legal (fl. 25).

A patrona, destarte, afirmou que abriria mão dos honorários advocatícios, e que atuaria de forma voluntária, por não ser possível retificar a área de atuação nos termos do Convênio acima mencionado (fl. 28/29).

Ato contínuo, o Juiz de primeiro grau ordenou à causídica que juntasse nova procuração, com poderes específicos para o ajuizamento da presente demanda, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento da inicial e arquivamento (fl. 30).

A demandante peticionou, informando que Após verificação junto ao responsável pelo Convênio da Defensoria, constatou-se que o modelo padrão de Procuração é enviado através do Sistema, em formato PDF para o site da Defensoria e que os procuradores nomeados somente imprimem o documento, não havendo possibilidade de retificar qualquer dado inserido pelo funcionário. Aduziu, dessa forma, que todos os atos praticados pela procuradora seriam ratificados em audiência (fl. 37/39).

Após a citação do INSS e o oferecimento de contestação, o magistrado singular determinou a intimação pessoal da parte autora, para constituir novo procurador, considerando a situação atual da advogada constituída, que estaria com mandado de prisão a cumprir, e dar andamento ao feito, no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo (fl. 60).

À fl. 64 foi acostada certidão expedida pelo oficial de justiça, dando conta da impossibilidade de cumprir o mandado de intimação, ante a não localização da demandante, consignando, ainda, sobre a inconsistência de dados de endereço declinados na petição inicial.

Diante do quadro acima narrado, o julgador *a quo*, com fundamento no artigo 274, parágrafo único, do CPC, presumiu válida a intimação levada a efeito pelo meirinho e, entendendo caracterizado o abandono de causa, julgou extinto o presente feito, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, III, c/c parágrafo único, do CPC

Com efeito, é consabido que o art. 485, inciso III, §1º, do CPC, determina a intimação pessoal do autor para que este promova atos e diligências que lhe compete, sob pena de configuração de abandono de causa por mais de 30 (trinta) dias, a ensejar a decretação da extinção do processo, sem resolução do mérito.

Por outro lado, para se caracterizar o abandono de causa, deve estar evidenciado o elemento subjetivo, consubstanciado na vontade inequívoca de o autor em não mais prosseguir com o feito. Nesse sentido, é o comentário dos insignes Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que abaixo transcrevo:

Abandono da causa pelo autor. Para que se verifique esta causa de extinção do processo, é necessário o elemento subjetivo, isto é, a demonstração de que o autor deliberadamente quis abandonar o processo, provocando sua extinção...

(Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante; 14ª edição; pág. 625)

No caso vertente, a autora, em sua apelação, apresentou nova procuração, constituindo nova advogada, de modo que, sopesando todo o contexto fático, concluo que a parte autora, em que pese sua imprudência ao deixar de informar ao Juízo seu endereço atualizado, não

tinha real intenção de abandonar a causa.

Não obstante, merece ser mantida a extinção do feito, sem resolução do mérito, porém por fundamento diverso.

Com efeito, a pensão por morte constitui benefício da Previdência Social, regulado pelo artigo 74 da Lei 8.213/91, que visa a proteger o conjunto dos dependentes do segurado que falecer.

No caso dos autos, observa-se claramente a ilegitimidade ativa da autora para atuar na causa, tendo em vista que ajuizou a presente ação, em nome próprio, para que a pensão pela morte de sua genitora lhe seja concedida, na qualidade de guardião de seus irmãos menores.

Prevê o artigo 17 do CPC que “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. E em seu artigo 18 estabelece que “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Daí decorre que somente aquele que se diz detentor de um direito subjetivo material é que pode pleiteá-lo em juízo, ou, em outras palavras, somente aquele que, em tese, é titular do direito pleiteado é que está autorizado a postular um provimento jurisdicional que o garanta.

Nesta linha de raciocínio, a autora é carecedora de ação, pois a pensão por morte é paga aos dependentes do segurado falecido e ela, na condição de filha maior de 21 anos, não ostenta tal qualidade. Assim, teriam legitimidade para pleitear tal benefício os irmãos menores da demandante, ainda que por ela representados e/ou assistidos, porém não a requerente em nome próprio.

Por outro lado, o artigo 485, §3º do CPC determina que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, da matéria relativa à legitimidade das partes.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação da parte autora, mantendo a extinção do feito sem resolução do mérito, embora por fundamento diverso (artigo 485, VI, do CPC).*

Honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Penal



EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

0002169-94.2015.4.03.6181

(2015.61.81.002169-2)

Embargante: ALCEU RODRIGUES SIMÕES

Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Classe do Processo: EIfNu 71108

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2018

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. SONEGAÇÃO FISCAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. COMPARTILHAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. A divergência estabeleceu-se quanto à comprovação da materialidade delitiva do crime de sonegação fiscal, tendo em vista que o conjunto probatório que a fundamentaria estaria lastreado na quebra de sigilo bancário efetivada pela Receita Federal, sem autorização judicial.
2. O Supremo Tribunal Federal decidiu ser possível, a partir do julgamento do RE nº 601.314/SP (Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24.02.2016, Repercussão Geral, DJe-198, DIVULG 15.09.2016 PUBLIC 16.09.2016), o compartilhamento dos dados obtidos pela Receita Federal do Brasil para fins de instrução processual penal. Além disso, o Plenário do Supremo, em sessão virtual, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional (RE 1.055.941 RG /SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.04.2018, DJe-083 DIVULG 27.04.2018 PUBLIC 30.04.2018).
3. Diante desse claro posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*), cumpre acatar tal jurisprudência, adequando a ela os casos apresentados a este Tribunal. Há também precedente do Superior Tribunal de Justiça adotando essa jurisprudência: (HC 422.473/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.03.2018, DJe 27.03.2018).
4. Prevalência dos votos vencedores, que afastaram a ilicitude da prova obtida em conformidade com o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.
5. Embargos infringentes não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2018.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos por ALCEU RODRIGUES SIMÕES (fls. 375/387) em face de acórdão (fls. 350/372) da Quinta Turma desta Corte Regional que, por maioria, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal (MPF) para condenar o embargante, pela prática do crime previsto no art. 1º, I, c.c. o art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Paulo Fontes, acompanhado pelo voto do Desembargador Federal André Nekatschalow. A ementa do acórdão é a seguinte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I, DA LEI 8137/90. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LICITUDE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. APELAÇÃO MINISTERIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O réu, na qualidade de sócio e administrador da empresa estabelecida em São Paulo, reduziu tributos relativos ao ano-calendário de 2007, ao omitir das autoridades fazendárias informações acerca de fatos geradores de obrigação tributária, que deveriam constar da Declaração Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) e da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), relativas ao ano mencionado.

2. Sentença absolutória - impossibilidade de quebra de sigilo bancário diretamente pela Receita Federal.

3. Quebra de sigilo bancário legal. Precedentes.

4. O Supremo Tribunal Federal assentou que o esgotamento da via administrativa é condição de procedibilidade da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, e que, enquanto pendente o procedimento administrativo, fica suspenso o curso do prazo prescricional. Crédito tributário constituído.

5. Materialidade demonstrada pelo procedimento administrativo fiscal.

6. Autoria comprovada pelo conjunto probatório.

7. Dolo configurado.

8. Dosimetria da pena. Pena-base no mínimo legal. Não há atenuantes ou agravantes. Na terceira fase da dosimetria, incide a causa de aumento do art. 12, I da Lei 8.137/90, em razão do valor do tributo somar R\$7.824.929,16 (sete milhões, oitocentos e vinte e quatro mil, novecentos e vinte e nove reais e dezesseis centavos), perfazendo uma pena definitiva de 2 anos e 8 meses de reclusão.

9. Fixado o regime inicial aberto, os termos do art. 33 do CP.

10. Pena de multa fixada em consonância com a privativa de liberdade em 13 dias-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

11. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões do réu e prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, a ser revertida em prol de entidade beneficente, também indicada pelo Juiz da Execução

12. Apelação do Ministério Público Federal provida para considerar lícita a prova coligida através da quebra de sigilo bancário e condenar o acusado pelo cometimento do crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Ficou vencido o Desembargador Federal Mauricio Kato, que negava provimento à apelação.

Em suas razões, a defesa pretende a prevalência do voto vencido, ante a ilegalidade dos elementos de prova que respaldam a condenação, que se originaram da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento dos embargos infringentes (fls. 393/400).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

ALCEU RODRIGUES SIMÕES foi absolvido pela 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, da imputação prevista no art. 1º, I, c.c. o art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

A Quinta Turma desta Corte, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação da acusação para condenar o réu à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída por duas penas restritivas de direitos. O voto vencido negava provimento à apelação, mantendo a absolvição do acusado da prática do delito, por serem imprescritíveis as provas de materialidade e autoria que derivam da indevida quebra de sigilo bancário.

A divergência, portanto, estabeleceu-se quanto à comprovação da materialidade e autoria delitivas do crime de sonegação fiscal, tendo em vista que o conjunto probatório que a fundamenta estaria lastreado na quebra de sigilo bancário efetivada pela Receita Federal, sem autorização judicial.

O voto do Relator reconheceu a possibilidade de a Receita Federal acessar diretamente os dados bancários dos réus, nos seguintes termos:

A sentença recorrida julgou improcedente a ação penal para absolver o acusado do cometimento do crime descrito no artigo 1º, inciso I, c/c art. 12, inciso I, ambos da Lei nº 8.137/90, com amparo no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, sob o fundamento da ilicitude da prova colhida mediante a quebra do sigilo bancário.

A insurgência recursal posta pelo órgão ministerial reside na licitude da prova colhida mediante a quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária, objetivando a condenação do réu nos termos da peça acusatória.

A controvérsia posta nesta seara foi enfrentada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 2.386, 2.397 e 2.859, bem como no RE nº 601.314, tendo entendido o Pretório Excelso pela constitucionalidade do acesso da Receita Federal a dados protegidos pelo sigilo bancário.

Apesar de aparentemente não se ter discutido a questão da transferência dos dados pela Receita ao Ministério Público, o mesmo raciocínio adotado no julgamento deve ser aplicado nessa situação. A decisão foi assim publicada: “Por maioria, o Tribunal fixou, quanto ao item ‘a’ do tema em questão, a seguinte tese: ‘O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do

princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal'; e, quanto ao item 'b', (...)", o julgamento foi realizado pelo Tribunal Pleno, em 24.02.2016.

Ainda, reputa-se que há de se aplicar a mesma disciplina prevista para o relacionamento entre o Banco Central e o Parquet, que foi tratada explicitamente na Lei Complementar 105/2001 e que, outrossim, era a mesma desde a Lei 4.595/64.

(...)

Ademais, a teor do art. 198, § 3º, inciso I, do Código Tributário Nacional (com redação dada pela Lei Complementar 104/2001), não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, obtidas por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Dessa maneira, sendo legítimos os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal. Logo, partindo da premissa de que a autoridade fazendária estava legalmente autorizada a acessar os dados bancários da empresa, a partir da instauração do procedimento administrativo fiscal, carece de plausibilidade a alegada ilicitude das provas fiscais que embasaram a denúncia, haja vista que, como já ressaltado, não encontra amparo legal a tese de que o acesso aos dados bancários que viabilizaram o trabalho da Administração Fazendária não poderia ter embasado a denúncia que inaugurou a ação penal.

(...)

A prova carreada aos autos derivada da quebra do sigilo bancário não está eivada de nulidade e resta suficientemente apta a demonstrar a materialidade do delito definido no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, reformando-se a sentença recorrida que absolveu o denunciado, com supedâneo no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

(fls. 357/359v)

De outro lado, o voto vencido entendeu que a quebra do sigilo bancário só serve como prova em processo penal se autorizada judicialmente, sob os seguintes fundamentos:

Consta da denúncia que o réu Alceu Rodrigues Simões, na condição de efetivo administrador da empresa "Acser Serviços Temporários e Tercerizados Ltda. reduziu tributos federais devidos pela pessoa jurídica, relativos ao ano-calendário de 2007, mediante a omissão de informações à Receita Federal. O crédito tributário constituído assumiu o montante de R\$ 7.824.929,16 (sete milhões, oitocentos e vinte e quatro mil, novecentos e vinte e nove reais e dezesseis centavos) em 27.06.2013.

O magistrado de 1º grau julgou improcedente a pretensão punitiva e absolveu Alceu Rodrigues Simões da imputação prevista no art. 1º, I, c.c. art. 12, I, ambos da Lei 8.137/90 por falta de materialidade delitiva, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Sustenta o Ministério Público Federal que a prova produzida é lícita, já que decorrente de quebra de sigilo bancário realizada pela autoridade fazendária, a qual está autorizada a acessar diretamente dados bancários do contribuinte, a partir de procedimento administrativo fiscal. O e. relator deu provimento ao recurso da acusação, afastou a ilicitude da prova oriunda da quebra de sigilo bancário e condenou o réu à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pelo cometimento do crime descrito no artigo 1º, inciso I, c/c artigo 12, inciso I, ambos da Lei nº 8.137/90

No particular, entendo ser o caso de manter a absolvição do acusado, pois a comprovação dos fatos descritos na denúncia somente foi possível a partir da quebra de sigilo bancário de forma ilícita, qual seja, por autoridade administrativa, sem autorização judicial.

A inviolabilidade do sigilo de dados, inserta no artigo 5º, XII, da Constituição Federal

correlaciona-se com as garantias fundamentais da intimidade e privacidade, insculpidas no inciso X, do mesmo artigo e, conquanto não se revistam de caráter absoluto, como consabido, constituem manifestações expressivas do direito da personalidade frente às intromissões de terceiros, mormente, de atos arbitrários por parte de qualquer órgão do Poder Público.

(...)

No caso dos autos, a autoridade fiscal, diante da omissão do acusado em apresentar documentação com esclarecimentos quanto à origem dos rendimentos de pessoa jurídica que administrava, solicitou diretamente à instituição financeira tais elementos e, de posse de tais informações bancárias, logrou apurar rendimentos não declarados, os quais fundamentaram a constituição do crédito tributário.

(...)

Com base, exclusivamente, em tal documentação foi ofertada a denúncia, de modo que se desconsiderando as provas de materialidade que derivam da indevida quebra de sigilo bancário, aqui consideradas imprestáveis, não restam elementos a embasar a sentença condenatória, sendo de rigor a absolvição do acusado.

(...)

De se destacar, por oportuno, que o tema foi novamente analisado pela Suprema Corte, no julgamento realizado em 24/02/2016 das ADI's n. 2.386, 2.397 e 2.859 e do RE 601.314, com acórdãos ainda não publicados.

(fls. 366/369)

Entendo que a razão está com os votos vencedores.

No julgamento do RE 601.314 (publicado no DJe em 16.9.2016), foi fixada a seguinte tese, na sistemática de repercussão geral:

O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Pode-se afirmar, a partir desse julgado, que a quebra de sigilo bancário pela Receita Federal, para fins de constituição de crédito tributário, feita com base no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, é lícita.

No âmbito desta Quarta Seção, vinha julgando no sentido de não ser possível o compartilhamento de informações obtidas pela quebra do sigilo bancário pela Receita Federal, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, isso porque entendia que a autorização legal para a quebra do sigilo bancário do contribuinte restringia-se à constituição do crédito tributário, não se estendendo à ação penal eventualmente decorrente, para a qual seria necessária prévia autorização judicial. Fundamentava-se esse posicionamento na jurisprudência estabilizada do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu ser possível, a partir do julgamento do RE nº 601.314/SP (Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24.02.2016, Repercussão Geral, DJe-198, DIVULG 15.09.2016 PUBLIC 16.09.2016), o compartilhamento dos dados obtidos pela Receita Federal do Brasil para fins de instrução processual penal. Além disso, o Plenário do Supremo, em sessão virtual, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional (RE 1.055.941 RG/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.04.2018, DJe-083 DIVULG 27.04.2018 PUBLIC 30.04.2018).

Portanto, diante desse claro posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*), cumpre acatar tal jurisprudência, adequando a ela os casos apresentados a este Tribunal. Observo, ademais, que já há precedente

do Superior Tribunal de Justiça adotando essa jurisprudência: (HC 422.473/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.03.2018, DJe 27.03.2018).

Observe, ademais, que já há precedentes do Superior Tribunal de Justiça adotando essa jurisprudência. Veja-se:

HABEAS CORPUS. TRÂMITE CONCOMITANTE COM RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CONHECIMENTO DO WRIT. ESTÁGIO PROCESSUAL MAIS AVANÇADO. LIMINAR DEFERIDA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DA PROVA EMBASADORA DA DENÚNCIA. COMPARTILHAMENTO DOS DADOS BANCÁRIOS OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL COM O MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Embora tenha chegado ao Superior Tribunal de Justiça o RHC n. 93.868, interposto pelos ora pacientes contra o mesmo acórdão atacado neste *habeas corpus*, o recurso, meio adequado para impugnar o julgado do Tribunal Regional Federal, estava em estágio processual menos avançado que o writ, o qual foi processado com medida liminar deferida.

2. É imperiosa a necessidade de alinhamento da jurisprudência dos tribunais nacionais a fim de preservar a segurança jurídica, bem como afastar a excessiva litigiosidade na sociedade e a morosidade da Justiça.

3. O entendimento de que é incabível o uso da chamada prova emprestada do procedimento fiscal em processo penal, tendo em vista que a obtenção da prova (a quebra do sigilo bancário) não conta com autorização judicial contraria a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal de que é possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal.

4. No caso, não há falar em ilicitude das provas que embasam a denúncia contra os pacientes, porquanto, assim como o sigilo é transferido, sem autorização judicial, da instituição financeira ao Fisco e deste à Advocacia-Geral da União, para cobrança do crédito tributário, também o é ao Ministério Público, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária (Precedentes do STF).

5. Ordem denegada. Liminar cassada.

(HC 422.473/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.03.2018, DJe 27.03.2018)

Assim, devem prevalecer os votos vencedores, que afastaram a ilicitude da prova obtida em conformidade com o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.

Posto isso, *NEGO PROVIMENTO* aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0606642-17.1992.4.03.6105
(96.03.056384-6)

Apelante: USINA ITAIQUARA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: Ap 329091
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2018

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI SOBRE AÇÚCAR. ART. 2º DA LEI Nº 8393/91. CONSTITUCIONALIDADE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RE 592.145/SP.

1. A Vice-Presidência desta Corte encaminhou os autos para avaliação da pertinência de eventual retratação do RE 592.145/SP, tema 80 do Supremo Tribunal Federal.

2. O acórdão proferido anteriormente pela Turma que deu provimento à apelação para julgar procedente o pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.393/91, em razão do julgamento proferido na AIAMS nº 176622/SP, por parte do E. Órgão Especial desta C. Corte, refletiu a interpretação vigente à época do respectivo julgamento que, porém, na atualidade, encontra-se superada diante do julgamento do Supremo Tribunal Federal do RE 592.145 no sentido da constitucionalidade do art. 2º da Lei 8.393/91.

3. Cabe, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 1.039, do Código de Processo Civil de 2015, o reexame da causa, para considerar a constitucionalidade do recolhimento do IPI sobre açúcar, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.393/1991 e, portanto, negar provimento à apelação, com a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido.

4. Em juízo de retratação, apelação improvida, com a manutenção da sentença de improcedência.

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, em juízo de retratação, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de julho de 2018.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de apelação, de sentença que julgou improcedente o pedido em ação declaratória

deduzida com o objetivo de não se recolher Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, à alíquota de 18% incidente sobre as operações de saída de açúcar.

A Turma, na sessão de 03/08/2005 deu provimento à apelação e proferiu o seguinte acórdão:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI SOBRE AÇÚCAR. DECRETO 420/92. NENHUM VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA TRIBUTAÇÃO GUERREADA. JULGAMENTO DA AIAMS PELO C. ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. PROVIMENTO AO APELO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Ao plano de um histórico legislativo, a envolver as Leis 7.798/99 e 8.393/91, assim como o Decreto 490/82, bem assim a Portaria 04/92, nenhum malferimento se extrai da conduta fiscal alvejada. Constitucionalidade, pois, do mecanismo de cobrança do IPI sobre o debatido açúcar: nuclearmente, nem uniformidade geográfica, nem seletividade descumpridas.

2. Infundada a sustentação de não-motivação pelo Decreto combatido: sendo sua missão ade fiel execução da lei (inciso IV do artigo 84, CF), suficiente se afigura o que previsto pela própria Lei nº 8.393/91, para a angulação em questão, que insubsiste, pois.

3. Julgamento proferido na AIAMS nº 176622/SP, por parte do E. Órgão Especial desta C. Corte, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º da L. 8.393/91. Nos termos do art. 176, do Regimento Interno desta Corte, apelo provido, para reforma da r. sentença, julgando-se procedente o pedido veiculado, assim se invertendo o ônus sucumbencial da honorária advocatícia.

Foram interpostos Recursos Especial e Extraordinário pela União Federal.

A Vice-Presidência da Corte, examinando o recurso extraordinário interposto pela União Federal, devolveu os autos à Turma, para avaliação da pertinência de eventual retratação, a teor do art. 1.030. II do CPC em razão da orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.145.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

O acórdão proferido anteriormente pela Turma que deu provimento à apelação para julgar procedente o pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.393/91, em razão do julgamento proferido na AIAMS nº 176622/SP, por parte do E. Órgão Especial desta C. Corte, refletiu a interpretação vigente à época do respectivo julgamento que, porém, na atualidade, encontra-se superada diante do julgamento do Supremo Tribunal Federal do RE 592.145 no sentido da constitucionalidade do art. 2º da Lei 8.393/91.

Em 05/04/2017, na análise do Recurso Extraordinário 592.145/SP, o STF apreciando o tema 80 da Repercussão Geral, afastou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.393/1991, *verbis*:

EMENTA

IPI - SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE - AÇÚCAR - LEI Nº 8.393/1991.

A Lei nº 8.393/1991 atende aos requisitos seletividade e essencialidade e ao princípio isonômico.

(RE n. 592.145/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 05/04/2017, DJe 01/02/2018)

Em seguida fixada a seguinte tese:

Surge constitucional, sob o ângulo do caráter seletivo, em função da essencialidade do produto e do tratamento isonômico, o artigo 2º da Lei nº 8.393/1991, a revelar alíquota máxima de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI de 18%, assegurada isenção, quanto aos contribuintes situados na área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, e autorização para redução de até 50% da alíquota, presentes contribuintes situados nos Estados do Espírito Santos e do Rio de Janeiro.

Assim, estando o acórdão, anteriormente proferido, em divergência com a orientação atual do Supremo Tribunal Federal, cabe, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 1.039, do Código de Processo Civil de 2015, o reexame da causa, para considerar a constitucionalidade do recolhimento do IPI sobre açúcar, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.393/1991 e, portanto, negar provimento à apelação, com a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido.

Ante o exposto, em juízo de retratação, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0005447-68.2005.4.03.6112

(2005.61.12.005447-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: DÉCIO ROBERTO GOMES DE MOURA (espólio)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: ApReeNec 1620680

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SAQUES INDEVIDOS APÓS ÓBITO DA BENEFICIÁRIA. AÇÃO PENAL RECONHECENDO A AUTORIA DE PESSOA DIVERSA DO EXECUTADO. TRÂNSITO EM JULGADO. CAUSALIDADE DA FAZENDA NACIONAL. HONORÁRIOS ARBITRADOS DE FORMA REGULAR.

1. A beneficiária faleceu em 14/08/1996, contudo a pensão continuou sendo paga até o 11/1997. “Ante este fato, e apurada a responsabilidade do embargante pelo pagamento indevido, foi ele notificado para ressarcir aos cofres públicos os valores indevidamente recebidos” (fls. 107).

2. Instaurado o Inquérito Policial nº 8-0222/03, o Delegado de Polícia Federal afirmou que “quem recebeu e movimentou indevidamente os recursos da pensão após a morte da beneficiária foi LUCIANE GOULART DE MOURA FARIA (...)” (fls. 131).

3. Denunciada pelo *Parquet* Federal (autos nº 0007849-93.2003.4.03.6112), Luciane Goulart de Moura Faria foi condenada por estelionato, com a pena aumentada em um terço em razão de o crime ter sido cometido em detrimento de entidade de direito público (CP, art. 171, § 3º). E, segundo andamento processual eletrônico, houve trânsito em julgado para a acusação e para a defesa em 29/11/2010.

4. Deve-se consignar que, nesta demanda, Luciane Goulart de Moura Faria foi ouvida como informante do juízo, confessando que era a responsável pelos saques da pensão previdenciária de sua avó, Braulina Gomes de Moura, assim como o seu pai “não tinha procuração ou senha dessa conta bancária e, na verdade, ele nem sabia em qual banco sua avó recebia a pensão” (fls. 169).

5. Diante de tais afirmações, bem como da coisa julgada material na ação penal nº 0007849-93.2003.4.03.6112, inviável qualquer discussão acerca da autoria dos saques indevidos da pensão previdenciária recebida por Braulina Gomes de Moura.

6. Com relação à causalidade, a responsabilidade pelo indevido ajuizamento da execução fiscal é da própria Fazenda Nacional, vez que imputou ao recorrido a prática de estelionato previdenciário sem a existência de provas de sua autoria.

7. Quanto ao arbitramento da verba honorária, impõe-se ao julgador ponderação que lhe permita concluir o *quantum* que melhor refletirá a atividade do causídico na defesa dos interesses da parte, considerando-se não apenas o tempo despendido com a causa, mas também as particularidades a ela inerentes.

8. *In casu*, em que pesem as peculiaridades do caso em concreto, e sempre respeitando o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, o trabalho realizado, a

natureza e a importância da causa, a solução da lide não envolveu qualquer complexidade, de modo que os valores devem ser mantidos no patamar fixado na r. sentença. Aplica-se a regra prevista no § 4º, do art. 20, do CPC/1973.

9. Apelação não 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, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de julho de 2018.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação em embargos à execução fiscal, opostos pelo Espólio de DECIO ROBERTO GOMES DE MOURA, em face da decisão proferida na ação fiscal nº 2003.61.12.009266-0, decorrente de ressarcimento dos valores recebidos após o falecimento de sua genitora, titular de pensão previdenciária.

Alega o embargante, em síntese, que: a execução fiscal foi proposta para recebimento de R\$ 179.953,17, que segundo documentação, teriam origem em ressarcimento decorrente do recebimento de quantias mensais, com fundamento no art. 185, § 2º, da Lei no 8.112/1990; o processo administrativo é nulo, vez que sequer foi intimado a integrá-lo; está sendo cobrado pelo simples fato de ser o filho da beneficiária, não havendo provas de que teria efetuados os saques da pensão previdenciária; foi instaurado o Inquérito Policial nº 8-0222/03, em que o Delegado de Polícia Federal afirmou que “quem recebeu e movimentou indevidamente os recursos da pensão após a morte da beneficiária foi LUCIANE GOULART DE MOURA FARIA (...)” (fls. 131).

Determinada a produção de provas, a União requereu a oitiva de Luciane Goulart de Moura Faria, o que foi deferido, contudo na condição de informante do juízo, por se tratar de testemunha impedida (fls. 161).

A informante foi ouvida a fls. 169-170.

Na sentença, o r. Juízo *a quo* julgou procedentes os embargos, nos termos do art. 269, I, do CPC/1973, sob o argumento de que ficou demonstrado que não era o embargante “quem recebia os valores em questão”.

A União foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 3.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973, devidamente atualizados.

Apela a União aduzindo, em síntese, que: o apelado deixou de informar ao Setor de Pagamentos da Administração Pública Federal o falecimento de sua genitora, o que permitiu que sua filha continuasse com os saques indevidos, incidindo no disposto nos arts. 186 e 932, V, ambos do CC; houve atuação conivente do apelado com a conduta praticada por sua filha; são indevidos os honorários advocatícios, já que não deu causa à demanda; subsidiariamente, requer a diminuição dos honorários.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte Federal.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Não assiste razão à apelante, devendo a r. sentença ser mantida nos termos em que foi lançada.

No caso, cinge-se a controvérsia acerca da exigibilidade do ressarcimento dos valores supostamente recebidos pelo embargante, ora apelante, após o falecimento de sua genitora, titular de pensão previdenciária.

De acordo com a Fazenda Nacional, Braulina Gomes de Moura era beneficiária de pensão deixada pelo seu marido, Mariano de Moura.

A beneficiária faleceu em 14/08/1996, contudo a pensão continuou sendo paga até o 11/1997. “Ante este fato, e apurada a responsabilidade do embargante pelo pagamento indevido, foi ele notificado para ressarcir aos cofres públicos os valores indevidamente recebidos” (fls. 107).

Instaurado o Inquérito Policial nº 8-0222/03, o Delegado de Polícia Federal afirmou que “quem recebeu e movimentou indevidamente os recursos da pensão após a morte da beneficiária foi LUCIANE GOULART DE MOURA FARIA (...)” (fls. 131).

Denunciada pelo *Parquet* Federal (autos nº 0007849-93.2003.4.03.6112), Luciane Goulart de Moura Faria foi condenada por estelionato, com a pena aumentada em um terço em razão de o crime ter sido cometido em detrimento de entidade de direito público (CP, art. 171, § 3º), conforme extrato da sentença penal a fls. 201. E, segundo andamento processual eletrônico, houve trânsito em julgado para a acusação e para a defesa em 29/11/2010.

Deve-se consignar que, nesta demanda, Luciane Goulart de Moura Faria foi ouvida como informante do juízo, confessando que era a responsável pelos saques da pensão previdenciária de sua avó, Braulina Gomes de Moura, assim como o seu pai “não tinha procuração ou senha dessa conta bancária e, na verdade, ele nem sabia em qual banco sua avó recebia a pensão” (fls. 169).

Ora, diante de tais afirmações, bem como da coisa julgada material na ação penal nº 0007849-93.2003.4.03.6112, inviável qualquer discussão acerca da autoria dos saques indevidos da pensão previdenciária recebida por Braulina Gomes de Moura.

Daí porque assiste razão ao Magistrado Singular em concluir que “não há dúvidas de que o Embargante não era quem recebia os valores em questão” (fls.173).

Com relação aos argumentos fazendários aduzidos na apelação, todos devem ser rejeitados.

Quanto à alegada omissão do apelado em não informar o Setor de Pagamentos da Administração Pública Federal o falecimento de sua genitora, a Lei nº 8.212/1991 preceitua, em seu art. 68, que:

Art. 68. O *Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais* fica obrigado a comunicar, ao INSS, até o dia 10 de cada mês, o *registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior*, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida.

Além disso, segundo as informações prestadas em juízo por Luciane Goulart de Moura Faria, era ela a responsável por administrar as atividades financeiras de sua avó, sendo que seu pai “nunca recebeu nenhum valor, nem indiretamente proveniente dessa pensão” (fls. 170). Conta, também, que o apelado “era um tanto ausente” (fls. 169).

Com relação à causalidade, a responsabilidade pelo indevido ajuizamento da execução fiscal é da própria Fazenda Nacional, vez que imputou ao recorrido a prática de estelionato previdenciário sem a existência de provas de sua autoria.

No caso, como bem ressaltado pelo apelado, a Fazenda Nacional presumiu sua autoria apenas por ele ser filho da beneficiária.

Especificamente quanto ao arbitramento da verba honorária, impõe-se ao julgador ponderação que lhe permita concluir o *quantum* que melhor refletirá a atividade do causídico na defesa dos interesses da parte, considerando-se não apenas o tempo despendido com a causa, mas também as particularidades a ela inerentes.

In casu, em que pesem as peculiaridades do caso em concreto, e sempre respeitando o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, o trabalho realizado, a natureza e a importância da causa, *a solução da lide não envolveu qualquer complexidade*, de modo que os valores devem ser mantidos no patamar fixado na r. sentença. Aplica-se a regra prevista no § 4º, do art. 20, do CPC/1973.

Ademais, o valor arbitrado (R\$ 3.000,00) não se mostra exagerado em relação ao valor atribuído à causa (R\$ 179.953,17).

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES

0049152-61.2009.4.03.6182

(2009.61.82.049152-8)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: DECISÃO DE FLS. 190-195

Embargante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP

Embargada: UNIÃO FEDERAL

Sucedida: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: EI 1531034

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE IPTU. IMÓVEL QUE, AO TEMPO DOS FATOS GERADORES, PERTENCIA À REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A. SUCESSÃO, *A POSTERIORI*, PELA UNIÃO. IPTU 1994. NATUREZA PÚBLICA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA RFFSA. IMUNIDADE NÃO RECONHECIDA. TRIBUTO DEVIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1.Trata-se de agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela União, em face da decisão monocrática que deu provimento aos embargos infringentes para afastar a alegada imunidade recíproca da RFFSA quanto a IPTU incidente sobre imóvel pertencente à extinta RFFSA.

2. A decisão monocrática embasou-se no entendimento do STF, cristalizado por meio do RE 599.176/PR, bem como na jurisprudência dominante da 2ª Seção desta Corte, razão pela qual não houve qualquer ilegalidade na aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil.

3. Por ocasião do julgamento do RE 599.176/PR, o Pleno do Supremo Tribunal Federal assentou que a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (aplicação “retroativa” da imunidade tributária).

4. Desde sua constituição, a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA teve natureza de pessoa jurídica de direito privado, que desenvolvia atividade econômica e visava à obtenção de lucro, não fazendo jus à imunidade tributária. Precedentes.

5. Desse modo, aos impostos constituídos a partir de 22.01.2007, deve-se aplicar a imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, “a”, da CF/88, ao passo que aos impostos relativos a lançamentos anteriores a essa data, não há que se falar em imunidade recíproca. Precedentes.

6. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *negar provimento ao*

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

São Paulo, 03 de julho de 2018.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela *União*, em face da decisão monocrática de f. 190-195 que deu provimento aos embargos infringentes para afastar a alegada imunidade recíproca da RFFSA quanto a IPTU incidente sobre imóvel pertencente à extinta RFFSA.

O acórdão da 6ª Turma deste Tribunal, por maioria de votos, havia dado provimento à apelação da União, e fora assim ementado (f. 136-142):

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - UNIÃO SUCESSORA DA RFFSA - IPTU - IMUNIDADE - TAXA DE LIMPEZA E DE CONSERVAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS - INCONSTITUCIONALIDADE

1. A imunidade recíproca estatuída pelo art. 150, VI, “a” da Constituição Federal, extensível às autarquias e fundações públicas segundo o § 2º do mesmo dispositivo, define negativamente o campo subjetivo sobre o qual recai a competência impositiva das pessoas políticas, de modo que não alcancem umas às outras.
2. É a norma constitucional circunscrita aos impostos, tributos para cuja incidência é indiferente a prestação de uma atividade estatal específica. Não assim quanto às taxas, atreladas que são ao fornecimento de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia. Utilizando-se do serviço público prestado por um Ente, o outro Ente, ou entidade sua, se sujeita à cobrança da taxa respectiva.
3. A imunidade tributária da União quanto ao IPTU decorre de norma constitucional expressa, não havendo dúvida quanto à ilegalidade de sua exigência. Remansosa a jurisprudência neste mesmo diapasão, inclusive na situação presente dos autos, na qual a União é sucessora da extinta RFFSA.
4. A Taxa de Limpeza e de Conservação de Vias e Logradouros Públicos, instituída pelo Município de São Paulo por meio dos arts. 86 e 87 da Lei 6.989/66, com redação modificada pela Lei 11.152/91, foi reputada inconstitucional em sede de controle difuso, por se entender que os serviços públicos a cuja remuneração e custeio se destinam não reúnem os atributos de especificidade e divisibilidade.

Por ocasião do julgamento dos embargos à execução fiscal, prevaleceram os votos proferidos pelos e. Desembargadores Federais Mairan Maia e Consuelo Yoshida, que reconheciam a imunidade tributária e davam provimento à apelação.

Restou vencido o voto proferido pelo e. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, que entendia que o IPTU era devido pela RFFSA e negava provimento ao recurso.

Foram interpostos embargos infringentes por meio dos quais o Município pediu o prevailecimento do d. voto vencido.

Com contrarrazões, os embargos infringentes foram admitidos e distribuídos a este Relator.

Por meio de decisão monocrática, este Relator deu provimento aos embargos infringentes e determinou a incidência de IPTU sobre o imóvel pertencente à extinta RFFSA (f. 190-195).

A União interpôs agravo legal, sustentando, em síntese, que:

a) não se trata de hipótese de aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil, pois a decisão do e. relator não pode se sobrepor ao acórdão proferido pela 6ª Turma, inibindo o acesso aos Tribunais Superiores;

b) a RFFSA faz jus à imunidade tributária em razão dos serviços prestados, e não é atingida pela decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 599.176/PR.

Instado a se manifestar, o Município apresentou contraminuta ao agravo, nos termos do artigo 1021, §2º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo legal em face de decisão monocrática que julgou embargos infringentes em embargos à execução fiscal movida pelo Município de São Paulo contra a União, atinente à cobrança de IPTU de imóvel pertencente à extinta RFFSA.

A sentença foi de improcedência e determinou o prosseguimento da execução (f. 81-84).

A União apelou.

A 6ª Turma deste Tribunal, por maioria de votos, deu provimento à apelação da União.

Por ocasião do julgamento dos embargos à execução fiscal, prevaleceram os votos proferidos pelos e. Desembargadores Federais Mairan Maia e Consuelo Yoshida, que reconheceram a imunidade tributária e deram provimento à apelação.

Restou vencido o voto proferido pelo e. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, que entendia que o IPTU era devido pela RFFSA e negava provimento ao recurso.

Inconformado, o Município interpôs os presentes embargos infringentes, requerendo o prevalecimento do d. voto vencido.

Por meio de decisão monocrática, este Relator deu provimento aos embargos infringentes e determinou a incidência de IPTU sobre o imóvel pertencente à extinta RFFSA.

Irresignada, a União interpôs agravo legal.

Primeiramente, há de se ressaltar que o recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. O disposto no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil é claro a esse respeito:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS POR AUTARQUIAS ESTADUAIS A DEFENSORIA PÚBLICA. CONFUSÃO. ART. 381 DO CÓDIGO CIVIL. TESE E ARTIGO NÃO PREQUESTIONADOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULA N. 211 DO STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFORME CAUSA DE PEDIR E PE-

DIDO DELINEADOS NA INICIAL E NA APELAÇÃO. OFENSA AO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. QUESTÃO VERIFICADA DE PLANO, QUE NÃO EXIGE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ELABORADA. POSSIBILIDADE DE DECISÃO MONOCRÁTICA.

(...).

7. Por fim, quanto a eventual malversação do art. 557, *caput*, do CPC, cabe frisar que o recurso especial pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Na verdade, tem-se aí três hipóteses distintas para o relator apreciar o pleito recursal monocraticamente.

8. Pode ser caracterizado como manifestamente improcedente o recurso em que a parte inconformada evidentemente não tem razão acerca de teses que são de fácil compreensão jurídica e que não envolvem maior complexidade argumentativa - como ocorre, por exemplo e via de regra, com a não-ocorrência de julgamento extra petita ou com a não-caracterização de omissões, contradições e obscuridades. Nestes casos, a negativa de seguimento ao recurso pode ser feita monocraticamente.

9. Não fosse isso bastante, a não-observância do art. 557, *caput*, do CPC resta convalidada com a análise do agravo regimental pelo órgão colegiado competente. 10. Agravo regimental não provido.

(STJ, 2ª Turma, AGREsp nº 1096866, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04/6/2009, DJE 25/6/2009).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. administrativo E PROCESSO CIVIL. OFENSA AO ARTIGO 557 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EX-COMBATENTE. PENSÃO. AVIADOR CIVIL. ATUAÇÃO NO TEATRO DAS OPERAÇÕES DE GUERRA. RECONHECIMENTO PELA LEI Nº 5.698/71. CORREÇÃO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. O julgamento monocrático pelo relator da causa, ao utilizar os poderes processuais do artigo 557 do CPC, não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, desde que o recurso se manifeste inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, deste Superior Tribunal de Justiça, ou do Supremo Tribunal Federal.

(...)

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, 6ª Turma, AGREsp nº 730600, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/11/2009, DJE 23/11/2009).

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. JULGAMENTO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Inexiste ofensa ao art. 557, *caput*, do CPC quando o relator nega seguimento a Apelação que esteja em confronto com a jurisprudência dominante do Tribunal e do STJ. Eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de Agravo Interno. 2. Agravo regimental não provido.

(STJ, 2ª Turma, AGA nº 1166418, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/10/2009, DJE 13/11/2009).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO MINISTRO RELATOR. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ.

1. O *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil autoriza o julgamento monocrático pelo Ministro Relator quando o recurso especial se revele manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

2. Inviável a apreciação do agravo regimental que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, incidindo na espécie a Súmula 182/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - PRIMEIRA TURMA, AGARESP 201302079721, SÉRGIO KUKINA, DJE DATA:10/09/2013).

Esclareça-se também que para a aplicação do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito, bastando que a jurisprudência do Tribunal ou dos Tribunais Superiores seja dominante.

No caso em comento, a decisão monocrática embasou-se no entendimento do Supremo Tribunal Federal, cristalizado por meio do RE 599.176/PR, bem como na jurisprudência dominante da 2ª Seção desta Corte.

Resta evidente, portanto, que não houve qualquer ilegalidade na aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil.

No mérito, a decisão monocrática agravada, com fundamento no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu que a RFFSA não goza de imunidade tributária.

Assentou o *decisum* que recentemente o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime no julgamento do RE com repercussão geral reconhecida n. 599.176/PR, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 05.06.2014, consolidou entendimento de que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de IPTU devido pela extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA). Isso porque a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão.

Ressaltou a decisão, ademais, que seguindo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as três Turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal Regional Federal alinharam-se ao entendimento fixado.

Sendo assim, restou claro na decisão agravada que a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA - constituída sob a forma de sociedade de economia mista, para exploração de serviços públicos de transporte ferroviário, de competência da União - foi extinta em 22.01.2007 e sucedida pela União (MP 353/2007, convertida na Lei 11.483/07), que passou a responder pelos débitos já inscritos em nome da sucedida.

Cumpre mencionar, ademais, que é entendimento assente nesta Segunda Seção (processo n. 2009.61.05.011638-5, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, D.J.e. 07.06.2016) o de que desde a sua constituição, a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA teve natureza de pessoa jurídica de direito privado, que desenvolvia atividade econômica e visava à obtenção de lucro, não fazendo jus à imunidade tributária.

Desse modo, aos impostos constituídos a partir de 22.01.2007, deve-se aplicar a imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal, ao passo que aos impostos relativos a lançamentos anteriores a essa data, não há que se falar em imunidade recíproca.

Ao IPTU impugnado, relativo a fato gerador ocorrido em 01.01.1994, por conseguinte, não se aplica a imunidade recíproca, pelo que se impõe a quitação dos referidos débitos à União, sucessora da RFFSA.

Tampouco se vislumbra qualquer violação aos artigos 130, *caput*, e 131, I e II, do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, é o entendimento adotado por este Tribunal. Citem-se:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA PELA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. NÃO INCIDÊNCIA. TITULARIDADE DO BEM NO MOMENTO DO FATO GERADOR. RE 599.176 /PR. JURISPRUDÊNCIA DO STF FIRMADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC.

A questão posta a exame, por parte do Município de Campinas, no ponto específico, se resume à argumentação da inocorrência da imunidade recíproca quanto à cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, referente ao exercício de 2007, sobre imóvel pertencente, à Rede Ferroviária Federal S/A.

O Plenário do STF, por votação unânime, no julgamento do RE 599.176 /PR, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 05.06.2014 (publicado em 30.10.2014 e com trânsito em julgado em 14.11.2014), com repercussão geral reconhecida, assentou entendimento de que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de IPTU devido pela extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), afastando jurisprudência firmada em sentido contrário.

Caberá à União, por força da Lei nº 11.483/2007, quitar o débito de IPTU devido pela extinta RFFSA, relativo ao exercício de 2007.

Honorários advocatícios devidos pela União Federal e fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), consoante o disposto no artigo 20, §4º, do CPC, e seguindo entendimento firmado por esta E. Turma julgadora.

Apelação a que se dá provimento. Juízo de retratação, artigo 543-B, §3º, do CPC. (AC nº 0017369-20.2011.4.03.6105/SP, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, Quarta Turma, j. 30.04.2015, v.u., 20.05.2015) (grifei)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RFFSA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO E LANÇAMENTO DE IPTU E TAXAS QUE O ACOMPANHAM. TAXA DE PREVENÇÃO A INCÊNDIO. CONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE.

1. São manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pela Turma que, à luz da legislação aplicável, decidiu, quanto à legitimação do feito, que “A Lei 11.483/2007, editada para regular os direitos, obrigações e ações judiciais após encerramento da liquidação e extinção da RFFSA, tratou, pois, da questão da responsabilidade tributária, sem violar o artigo 130, CTN, de modo que o passivo preexistente de tal empresa foi assumido pela UNIÃO, e não pelo DNIT, cuja responsabilidade é apenas posterior à Lei 11.483/2007, daí que, sendo os tributos relativos a 2001 a 2004, a legitimidade é do ente político, o que já foi, inclusive, reconhecido na jurisprudência desta Corte”. (...).

7. Embargos de declaração rejeitados.

(TRF-3, 3ª Turma, AC 1895543, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, data da decisão: 30/07/2015, e-DJF3 de 04/08/2015) (grifei)

JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ARTIGO 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DE IPTU DEVIDO PELA EXTINTA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL - ACÓRDÃO REFORMADO PARA SE AMOLDAR AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 599176.

1. Os autos foram encaminhados à Turma Julgadora, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, à vista do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal firmado

no julgamento do RE nº 599.176/PR, pela sistemática da repercussão geral, onde se decidiu que não se aplica o princípio da imunidade tributária recíproca a débito de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) devido pela extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA).

2. A Rede Ferroviária Federal S/A foi extinta em 22.01.2007 por força da Medida Provisória nº 353/07, convertida na Lei nº 11.483/07, tendo a União Federal como sucessora em seus direitos, obrigações, e ações judiciais. Após a referida sucessão não há que se falar em responsabilidade tributária, uma vez que passam a incidir as regras da imunidade tributária recíproca.

3. Na singularidade, o IPTU devido refere-se aos exercícios de 2007 a 2010, devendo ser reconhecida a imunidade da União à cobrança para os exercícios de 2008 a 2010, uma vez que neste período a União Federal já havia sucedido a extinta RFFSA. Remanesce, contudo, a cobrança relativamente ao exercício de 2007, devendo nesta parte ter regular prosseguimento a execução fiscal.

4. Condenação da municipalidade no pagamento da verba honorária no percentual de 10% sobre o valor referente ao IPTU dos exercícios de 2008 a 2010, bem como da União Federal no percentual de 10% do valor concernente ao débito de 2007, limitados a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) cada um, consoante o entendimento desta Sexta Turma (v.g. AC n. 2008.61.03.000753-7, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 03.02.2011, DJF3 CJ1 de 09.02.2011, p. 224), levando-se em consideração o trabalho realizado pelo patrono, o tempo exigido para seu serviço e a complexidade da causa, e à luz dos critérios apontados no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, a ser atualizado a partir do ajuizamento dos embargos, conforme os critérios da Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal.

(AC nº 0017366-65.2011.4.03.6105/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Sexta Turma, j. 16.04.2015, v.u., e-DJF3 30.04.2015).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

Agravo legal da União Federal contra decisão singular que deu provimento a embargos infringentes opostos pelo Município de São Paulo contra acórdão que, por maioria, deu provimento ao apelo do ente federal, a fim de reconhecer a imunidade do IPTU dos imóveis da extinta RFFSA. O eminente Relator votou no sentido de desacolher o recurso. Divirjo, todavia.

I - Da imunidade tributária

Ab initio, impende registrar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 599.176/PR. A corte analisou o tema da imunidade recíproca (artigo 150, CF/1988) quando ocorrida a sucessão tributária e, consequentemente, a assunção de débitos exacionais pelo sucessor. *O julgado, portanto, ficou adstrito à aplicação retroativa dos efeitos da imunidade*. Confira-se o posicionamento dos Ministros Luiz Fux e Carmem Lúcia na votação do representativo, *verbis*:

Ministro Luiz Fux - “Vossa Excelência deu provimento, porque analisou o recurso sob o ângulo da responsabilidade pela sucessão. Vossa Excelência não analisou, digamos assim, a natureza jurídica da Rede Ferroviária Federal, que levaria a Corte ao raciocínio no sentido de que, se ela já era imune - ninguém pode transferir mais do que tem nem menos do que tem -, então, ela transferiria também a imunidade dela. Mas, não é isso que está em jogo. *O que está em*

jogo é saber se o adquirente responde tributariamente pelas obrigações do predecessor. E é isso que está em jogo.

(...)

E há um outro aspecto, quer dizer, as regras imunizantes, elas são efetivamente de interpretação restrita. Não está em jogo aqui a questão subjacente do pacto federativo, e o Ministro Teori Zavascki citou, com muita propriedade, *que nós não analisamos esses antecedentes que a Suprema Corte chancelou quanto à possibilidade de conceder imunidade a empresas públicas e sociedades de economia mista. Não são esses precedentes que estão em jogo.*

(...)

De sorte que essa repercussão geral precisa ficar bem adstrita a esse tema da sucessão, e, nesse sentido, acompanho Vossa Excelência.

Ministra Carmem Lúcia - Presidente, também acompanho Vossa Excelência com a mesma delimitação, ou seja, *não estamos a discutir a questão nem do serviço público, que era prestado, nem das condições.* Então, voto restrita ao que definiu bem Vossa Excelência, que é a questão da sucessão. Até a sucessão ela era obrigada a pagar, e, portanto, quem sucede, sucede com esses ônus.”

(destaques aditados)

O representativo de controvérsia apreciado versava sobre situação similar à dos presentes autos, qual seja, dívidas tributárias assumidas pela União em razão de ser sucessora da RFFSA, tema analisado, no entanto, somente à luz da possibilidade de aplicação da imunidade “retroativa”, uma vez que o sucessor é o ente federal. Ao final, o Pretório Excelso decidiu, à unanimidade, que a imunidade tributária recíproca não afasta a responsabilidade tributária por sucessão nos casos em que *o sujeito passivo era contribuinte regular do tributo devido.* Transcreve-se a ementa:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO.

- A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (*aplicação “retroativa” da imunidade tributária*).

- Recurso Extraordinário ao qual se dá provimento. (destaques aditados)

(STF, RE 599176/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, v.u., julgado em 05/06/2014).

A questão que envolve a assunção das dívidas da RFFSA pela União voltou a ser apreciada pelo Plenário do C. STF na sessão de julgamentos de 12/08/2016, a partir de outra perspectiva. Os ministros analisaram a linha de argumentação expendida pela União, recorrente, atrelada à *natureza dos serviços prestados pela Rede Ferroviária*, com o fito de demonstrar que não era contribuinte regular do imposto objeto da cobrança, *dada a aplicação da imunidade tributária à própria RFFSA.* Em suas razões recursais, sustentou que tal situação, por si só, atrairia a incidência, por extensão, dos normativos que cuidam da não tributação recíproca entre os entes federativos (§ 2º do artigo 150 da CF/1988), a tornar imperativo o reconhecimento da imunidade à Rede Ferroviária. A sucessão pelo ente federal, em consequência, operar-se-ia com os mesmos atributos, à vista do tratamento dispensado pela Magna Carta. Colacionam-se os correlatos dispositivos:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

d) os *serviços de transporte ferroviário* e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

(...)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, *é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 2º. A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

(...)

Art. 175. Incumbe ao *Poder Público*, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a *prestação de serviços públicos*.

(destaques adotados)

O Supremo Tribunal Federal, todavia, ao apreciar a existência de repercussão geral quanto à matéria, tema 909, Recurso Extraordinário nº 959.489/SP - preenchimento dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca pela Rede Ferroviária Federal S/A -, exarou entendimento no sentido de que *a questão não tem natureza constitucional*, posto que adstrita ao atendimento pela RFFSA dos requisitos indispensáveis ao gozo da imunidade recíproca (artigo 150, VI, alínea “a”, da CF/1988), *análise que se dá em âmbito infraconstitucional* e, além disso, demanda *reexame do conjunto fático-probatório*, incabível

na via recursal extraordinária. O julgado restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A (RFFSA). PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO GOZO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, “A”, DA CF/88). *MATÉRIA INFRA-CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.*

1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao preenchimento, pela Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da CF/88).
 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
 3. *Ausência de repercussão geral da questão suscitada*, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015. (destaques aditados)
- (STF, RE 959489, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, julgado em 12/08/2016).

Transcreve-se, também, excerto do voto do relator, Ministro Teori Zavascki:

(...) 2. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia com base no RE 599.176 (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014, Tema 224), no qual foi assentado que a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos ocorridos antes da sucessão (aplicação retroativa da imunidade tributária). *Neste recurso extraordinário, sustenta-se que a própria pessoa jurídica sucedida, a RFFSA, gozaria de imunidade tributária recíproca em razão de prestar serviços públicos de titularidade da União. Trata-se, portanto, de temática evidentemente diversa daquela decidida no RE 599.176.*

3. A discussão submetida pela União ao exame do Supremo Tribunal Federal não envolve a interpretação do art. 150, VI, a, da CF/88, mas apenas o exame do preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca pela RFFSA. Não há, portanto, matéria constitucional a ser analisada, porquanto a controvérsia abordada pelo recurso extraordinário soluciona-se tão somente à luz da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais pertinentes à RFFSA e do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência essa vedada nesta via recursal (Súmula 279/STF). O Supremo Tribunal Federal já pacificou a orientação de que é inviável a apreciação, em recurso extraordinário, de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal que, se houvesse, seria meramente indireta ou reflexa, uma vez que é imprescindível a análise de normas infraconstitucionais. Nesse sentido, em casos idênticos:

(...)

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
5. Diante do exposto, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada. (destaques aditados)

Constata-se, assim, não haver decisão do Pretório Excelso sobre a quaestio atinente à imunidade tributária da RFFSA em virtude da *prestação de serviço público de titularidade da União*, o que significa inexistir óbice à resolução da lide sob tal prisma. Ausente qualquer efeito vinculante (artigo 543-B do CPC/1973, vigente à época), à vista do não pronunciamento do STF, *deve a matéria ser resolvida pelas instâncias ordinárias, à luz dos normativos in-*

fraconstitucionais de sua regência. Em consequência, não mais subsiste o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o tema deve ser apreciado pela Suprema Corte, pois seu deslinde estaria atrelado exclusivamente aos normativos de âmbito constitucional, sob pena de usurpação de sua competência: “muito embora tenham sido citados dispositivos infraconstitucionais, a matéria foi decidida sob enfoque eminentemente constitucional, qual seja, a imunidade tributária, sendo defeso o exame por esta Corte, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. Consoante a reiterada jurisprudência desta Corte, não compete ao Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional.” (STJ, AGREsp 1564468, Rel. Des. Fed. Conv. Diva Malerbi, Segunda Turma, v.u., DJe 09/03/2016. No mesmo sentido: AGAREsp 825427, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, v.u., DJe 26/04/2016; REsp 1575338, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 11/03/2016).

Cabe registrar, contudo, que o exame do tema sob o enfoque da legislação ordinária não pode dar-se em descompasso com os normativos da Lei Maior, porque deve a eles se harmonizar, interpretado o ordenamento pátrio de modo a observar e atender à *mens legis*. Passa-se, assim, a tal análise, para o escopo de verificar o preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos infraconstitucionais necessários ao gozo da imunidade tributária pela RFFSA, atinentes à natureza do serviço prestado, com indicação da legislação e, também, dos precedentes históricos pertinentes à solução da controvérsia, considerada sua interpretação em coadunação aos ditames constitucionais, conciliados os regramentos aplicáveis à espécie por meio da interpretação sistemática do ordenamento pátrio.

A exação objeto da presente ação, imposto predial e territorial urbano - IPTU, refere-se a exercício anterior a 2007, quando o imóvel tributado era de propriedade da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, sociedade de economia mista concebida para a exploração de serviços públicos de transporte ferroviário de competência da União (artigo 21, inciso XII, alínea “d”, CF/1988, anteriormente transcrito). Estava funcionalmente vinculada ao Mistério dos Transportes e sua criação foi autorizada pela Lei nº 3.115/1957:

Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a constituir, nos termos da presente lei, uma sociedade por ações sob a denominação de *Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima* (R.F.F.S.A.), à qual serão incorporadas as *estradas de ferro de propriedade da União* e por ela administradas, assim como as que venham a ser transferidas ao domínio da União, ou cujos contratos de arrendamento sejam encampados ou rescindidos.
(destaques aditados)

A RFFSA foi instituída especificamente para promover e administrar os interesses da União, de natureza exclusiva (artigo 21, XII, “d”, CF/1988), concernentes à atividade de transporte ferroviário. Era constituída pela consolidação de 18 ferrovias regionais e atendeu diretamente, por décadas, a 19 unidades da federação, com atuação em 4 das 5 regiões do país e malha ferroviária de aproximadamente 22 mil quilômetros.

A citada Lei nº 3.115/1957, em seu artigo 7º, “a”, determinou ser de sua competência “administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar, melhorar e manter em tráfego as estradas de ferro a ela incorporadas”. *Delegou, portanto, a prestação de serviço público essencial atribuído pela Lei Maior exclusivamente à União (consoante o mencionado artigo 21, XII, “d”), cuja execução passou, por disposição da legislação infraconstitucional, à Rede Ferroviária, na forma autorizada pelo artigo 175 da Magna Carta (anteriormente transcrito).*

Sobre a *natureza jurídica da RFFSA*, insta anotar que há dois tipos de sociedade de economia mista, a que é primariamente prestadora de serviço público por outorga estatal e aquela que tem por finalidade principal a exploração de atividade econômica. A Rede Ferroviária era ente da administração pública indireta que prestava de serviço público de relevante interesse da coletividade e, portanto, *não tinha o escopo essencial de auferir lucro, o que não significa vedação à obtenção de rendimentos decorrentes do desempenho de suas atividades legalmente delegadas*.

A Lei nº 3.115/1957 autorizou o poder público a criar a RFFSA e é um dos diplomas regentes não só da forma de sua constituição, como também da própria prestação do serviço ferroviário, abarcada a destinação de eventuais lucros dela auferida. A título ilustrativo, transcreve-se o teor dos artigos 19 e 21, que dispõem sobre a alocação dos rendimentos, acaso obtidos, por meio de rateio entre empregados e acionistas:

Art. 19. Os Estatutos da R.F.F.S.A. prescreverão normas específicas para a participação de seus empregados, qualificados no art. 14, nos lucros da sociedade, as quais deverão prevalecer até que, de modo geral, seja regulamentado o inciso IV do art. 157 da Constituição.

Art. 21. Enquanto a União for detentora da totalidade do capital da R.F.F.S.A., os lucros líquidos da sociedade serão considerados reservas, e, quando atingirem Cr\$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de cruzeiros) anuais, os lucros líquidos que ela apurar terão o destino fixado neste artigo, ainda quando a União não seja a detentora da totalidade do seu capital.

Quando as dotações ou auxílios da União se tornarem inferiores a Cr\$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de cruzeiros) anuais, será permitida a distribuição de dividendos, ficando retidos, em conta especial, em poder da sociedade somente os atribuídos às ações de propriedade da União, para serem aplicados em aumento de capital, mantido, quanto a este, o direito de participação proporcional dos demais acionistas.”

Conforme se observa, a União, ao instituir a RFFSA, objetivou alcançar o interesse público por meio da delegação da prestação do serviço de transporte ferroviário. *Visou, inequivocamente, atender ao bem comum em primeiro plano e não perseguir lucro, o qual era mera decorrência do desenvolvimento das atividades para as quais foi criada, o que o torna legítimo e não descaracteriza sua intrínseca essência*. Admite-se o proveito financeiro, portanto, quando não configura fim último da sociedade de economia mista. Em verdade, a lucratividade pode constituir o próprio meio necessário à consecução do interesse público primário por meio da prestação de serviço público essencial (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

A RFFSA procedeu à prestação do transporte ferroviário nos exatos termos ora apontados. Sua constituição se deu de forma a inequivocamente priorizar o aludido serviço público, de modo que a eventual percepção de lucros não traduz seu escopo fundamental. Por tais motivos, não se aplicam as disposições atinentes à exploração de atividade econômica, previstas no citado artigo 173 da CF/1988, em especial os privilégios fiscais concedidos à iniciativa privada - dos quais nunca foi beneficiária. Sua criação, enfatize-se, deu-se unicamente para o escopo de desenvolver atividade de competência exclusiva da União. Sobre o tema, assim se manifestou o Ministro Maurício Corrêa, por ocasião da relatoria do RE nº 220.906, que: “não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, isto

é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º)” (STF, RE 220906, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 16/11/2000, DJ 14/11/2002). Dessa forma, apenas quando as entidades de economia mista não se destinam à prestação exclusiva de serviço público é que podem ser caracterizadas como instrumentos de intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito. Nesse caso, não podem receber o mesmo tratamento tributário conferido à fazenda pública, em razão de seu evidente propósito de obtenção de lucro (STF, ACO 2730/DF). Tal situação não ocorre no presente caso, uma vez que a Rede Ferroviária, frise-se, nunca foi equiparada aos particulares, considerada, assim, atrelada à consecução do bem comum por meio da prestação do transporte ferroviário.

As sociedades de economia mista prestadoras de serviço exclusivo dos entes federativos e para tal restrita finalidade criadas, como a RFFSA, estão regidas por regime predominantemente público e devem receber o mesmo tratamento dispensado ao poder público - não só para fixação do regime tributário como, *e.g.*, para admissão de pessoal por meio de concurso público, observância aos primados da administração pública e submissão ao controle externo pelo Tribunal de Contas quanto a seus procedimentos e aplicação de recursos financeiros (STF, MS 25092, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, v.u., DJ 17/03/2016). Desse modo, mesmo em razão da possibilidade de colisão entre o interesse público perseguido e o intuito de lucro dos acionistas privados, tal circunstância não retira seu caráter e regime públicos, inclusive porque prevalece a função institucional da devida prestação do transporte ferroviário sobre os interesses privados.

Ainda sobre o propósito institucional da RFFSA, cumpre evidenciar que está insculpido não só na lei de sua criação, como nos demais normativos regentes do tema. Portanto, *a presunção que milita em favor da sociedade de economia mista é a de que atua dentro de tais ditames, não o contrário - primado da presunção de legitimidade da atuação da administração pública direta e indireta*. Em consequência, não se pode inferir que a consecução do serviço público a ela delegado tenha sido executada em desacordo com os preceitos legais. Incumbe à parte contrária, *o município*, comprovar que a Rede Ferroviária não se conduziu em estrita observância à correlata regulamentação e que sua existência não estava exclusivamente voltada à prestação do transporte ferroviário, o que incorre *in casu*.

Vale transcrever, também, o magistério de Roque Antonio Carrazza (*in* Curso de Direito Constitucional Tributário, 22ª Edição, Editora Malheiros, 2006, pp. 706/709), *verbis*:

Aprofundando o assunto, as empresas estatais, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia - e que, portanto, não exploram atividades econômicas -, não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a “longa manus” das pessoas políticas que por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar.

A circunstância de serem revestidas da natureza de “empresa pública” ou de “sociedade de economia mista” não lhes retira a condição de “pessoas administrativas”, que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.

(...)

Muito bem, as pessoas administrativas delegatárias de serviços públicos, que lhes dão grande cópia de prerrogativas, inclusive no que concerne à tributação, a elas se aplicando, por inteiro, a imunidade do art. 150, VI, “a”, da CF.

Sendo mais específicos, tais pessoas, enquanto, no exercício de suas funções típicas, auferem *rendimentos*, são imunes ao IR e aos tributos que incidem sobre *lucros*, *receitas*, *rendimentos* etc.; enquanto proprietárias dos imóveis que lhes dão “base material” para o

desempenho de suas atividades típicas, são *imunes ao IPTU*; enquanto proprietárias dos serviços públicos ou na prática de atos de polícia, são imunes ao *IPVA*; e assim avante.

Remarque-se que a circunstância de estas pessoas terem personalidade de direito privado não impede recebam especial proteção tributária, justamente pra possibilitar a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia.

(...)

Neste sentido, enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ser embaraçadas ou anulada sua ação pública por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, “a”, da CF.

(destaques adotados)

Na mesma linha, a Ministra do STJ, Regina Helena Costa, assevera:

Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal - empresa pública ou sociedade de economia mista - que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.

(...)

Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público - consoante a noção exposta -, o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.

O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. *Ora a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída - empresa pública ou sociedade de economia mista -, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico - inclusive tributário - que incide sobre a mesma prestação.*

(in *Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 2006, pp. 143/144. Destaques adotados).

Pertinente analisar, também, para ponderar a respeito da natureza jurídica da RFFSA, o cenário de privatização promovido pelo governo Fernando Henrique Cardoso com a criação do Programa Nacional de Desestatização - PND por meio da Lei nº 8.031/1990 - diploma posteriormente revogado pela Lei nº 9.491/1997, o qual alterou normas de caráter procedimental relativas ao aludido programa. Em razão da autorização legal firmada, foi editado o Decreto nº 473, de 10 de março de 1992, que incluiu a RFFSA no programa e, assim, ensejou a promoção de estudos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), os quais “recomendaram a transferência para o setor privado dos serviços de transporte ferroviário de carga. Essa transferência foi efetivada no período 1996/1998, de acordo com o modelo que estabeleceu a segmentação do sistema ferroviário em seis malhas regionais, sua concessão pela União por 30 anos, mediante licitação, e o arrendamento, por igual prazo, dos ativos operacionais da RFFSA aos novos concessionários. Em 1998, houve a incorporação da Ferrovia Paulista S.A (FEPASA) à RFFSA, ao que se seguiu, em dezembro desse ano, a privatização daquela malha.” (fonte: <http://www.transportes.gov.br/orgaos-extintos.html>). Transcrevem-se os correlatos dispositivos:

Lei nº 8.031/1990

Art. 1º. É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada

atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Art. 2º. Poderão ser privatizadas, nos termos desta lei, as empresas:

I - controladas, direta ou indiretamente, pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; ou

II - criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle, direto ou indireto, da União.

§ 1º. Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

§ 2º. Aplicam-se os dispositivos desta lei, no que couber, à alienação das participações minoritárias diretas e indiretas da União, no capital social de quaisquer outras empresas.

§ 3º. Não se aplicam os dispositivos desta lei às empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de acordo com os arts. 21, 159, inciso I, alínea c e 177 da Constituição Federal, ao Banco do Brasil S.A., e, ainda, ao órgão oficial ressegurador referido no inciso II do art. 192 da Constituição Federal.

Decreto nº 473/1992

Art. 1º. Ficam incluídas no Programa Nacional de Desestatização - PND, para os fins da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, as empresas:

I - Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA;

(...)

(destaques adotados)

Apenas a título de registro, a partir do cotejo dos normativos legais ora transcritos aos ditames constitucionais a respeito do tema, anteriormente mencionados, impende consignar que *a inclusão da Rede Ferroviária no programa de desestatização do governo federal é circunstância que não tem o condão de modificar ou interferir, de qualquer forma, na natureza da prestação do serviço de transporte ferroviário, porquanto é inequivocamente caracterizado como público e essencial, de competência exclusiva da União*, cuja execução, frise-se, pode dar-se de modo direto ou indireto, nos termos da legislação ordinária, com supedâneo na autorização constitucional contida no citado artigo 175 da CF/1988: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”. Atente-se à regulamentação trazida também no âmbito da Lei nº 8.987/1995:

Art. 1º. As *concessões de serviços públicos* e de obras públicas e as *permissões de serviços públicos* reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as

peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.
(destaques aditados)

A delegação da administração e execução do transporte ferroviário à iniciativa privada não fez desaparecer sua natureza originária, pois a outorga da gestão e exploração do aludido serviço não modificou sua qualidade de *público*, na forma preceituada pela Lei Magna e que foi estritamente observada pela regulamentação procedida em âmbito infraconstitucional - a qual, em verdade, não poderia dispor sobre a matéria de forma diversa, sob pena de restar configurada afronta à normatização procedida pelo constituinte, que deve ser fielmente perseguida pelo legislador ordinário.

Não obstante tenha sido transferida a exploração da infraestrutura ferroviária federal *sub judice*, remanesce a *titularidade constitucional* de tal serviço público, em especial, saliente-se, porque *seus atributos não são passíveis de alteração pela legislação ordinária*. Tal situação traz como decorrência, inclusive, a responsabilidade subsidiária da concedente, União, em relação à devida prestação do serviço, em razão de ser titular exclusiva da atividade vinculada ao transporte férreo, ainda que a execução se dê por meio indireto. Legitimada, portanto, a inclusão da União nas lides em que a RFFSA figurar como autora, ré ou interveniente, bem como naquelas em que se discute acerca da gestão e execução do transporte ferroviário prestado por meio da concessionária (ementas a seguir colacionadas: STJ, REsp 1426884 e AGREsp 1119560).

Para finalizar o retrospecto histórico e legislativo, consigne-se que a RFFSA entrou em processo de dissolução, liquidação e extinção, nos termos do Decreto nº 3.277/1999, adotado expressamente o procedimento da Lei nº 8.029/1990 e Lei nº 9.491/1997 por força do disposto no mencionado decreto, nos seguintes termos:

Decreto nº 3.277/1999

Art. 1º. Fica dissolvida a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, incluída no Programa Nacional de Desestatização pelo Decreto nº 473, de 10 de março de 1992.

Art. 2º. A liquidação da RFFSA far-se-á de acordo com as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, conforme determina o art. 24 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

Lei nº 8.029/1990

Art. 1º. É o Poder Executivo autorizado a extinguir ou a transformar as seguintes entidades da Administração Pública Federal:

(...)

Art. 23. A União sucederá a entidade, que venha a ser extinta ou dissolvida, nos seus direitos e obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo ou contrato, bem assim nas demais obrigações pecuniárias. (Renumerado do art 20 pela Lei nº 8.154, de 1990)

Lei nº 9.491/1997

Art. 24. No caso de o Conselho Nacional de Desestatização deliberar a dissolução de sociedade incluída no Programa Nacional de Desestatização, aplicar-se-ão, no que couber, as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.

(destaques aditados)

A Rede Ferroviária foi extinta por meio da Lei nº 11.483/2007 (conversão da MPv nº 533/2007) e, então, sucedida pelo ente federal (artigos 1º e 2º), matéria que foi também regulada pelos Decretos nº 6.018/2007 e nº 7.929/2013. Confira-se:

Lei nº 11.483/2007

Art. 1º. Fica encerrado o processo de liquidação e extinta a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, sociedade de economia mista instituída com base na autorização contida na Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957.

Parágrafo único. Ficam encerrados os mandatos do Liquidante e dos membros do Conselho Fiscal da extinta RFFSA.

Art. 2º. A partir de 22 de janeiro de 2007:

I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do *caput* do art. 17 desta Lei; e

II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto nos incisos I e IV do *caput* do art. 8º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.772, de 2008)

Parágrafo único. Os advogados ou escritórios de advocacia que representavam judicialmente a extinta RFFSA deverão, imediatamente, sob pena de responsabilização pessoal pelos eventuais prejuízos que a União sofrer, em relação às ações a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo:

I - peticionar em juízo, comunicando a extinção da RFFSA e requerendo que todas as citações e intimações passem a ser dirigidas à Advocacia-Geral da União; e

II - repassar às unidades da Advocacia-Geral da União as respectivas informações e documentos.

Art. 8º. Ficam transferidos ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT:

I - a propriedade dos bens móveis e imóveis operacionais da extinta RFFSA;

II - os bens móveis não-operacionais utilizados pela Administração Geral e Escritórios Regionais da extinta RFFSA, ressalvados aqueles necessários às atividades da Inventariança; e

III - os demais bens móveis não-operacionais, incluindo trilhos, material rodante, peças, partes e componentes, almoxarifados e sucatas, que não tenham sido destinados a outros fins, com base nos demais dispositivos desta Lei.

IV - os bens imóveis não operacionais, com finalidade de constituir reserva técnica necessária à expansão e ao aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, ressalvados os destinados ao FC, devendo a vocação logística desses imóveis ser avaliada em conjunto pelo Ministério dos Transportes e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme dispuser ato do Presidente da República. (Incluído pela Lei nº 11.772, de 2008)

Decreto nº 6.018/2007

Art. 1º. Compete ao Ministério dos Transportes a coordenação e a supervisão dos procedimentos administrativos relativos à Inventariança da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA.

Decreto nº 7.929/2013

Art. 3º. O Ministério dos Transportes elaborará relação com os bens imóveis não operacionais oriundos da extinta RFFSA considerados total ou parcialmente essenciais e indispensáveis para a expansão e aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, conforme o disposto no art. 1º, encaminhando-a à Secretaria do Patrimônio da União para a manifestação prevista no art. 4º.

§ 1º. A relação deve conter delimitação e descrição precisa da situação físico-ocupacional de cada imóvel ou parcela de interesse para constituição da reserva técnica, e indicação do aproveitamento da integralidade da área para uma ou mais das destinações previstas no art. 1º.

§ 2º. A relação deverá ser concluída e submetida à Secretaria do Patrimônio da União no prazo de seis meses, contado da data de publicação deste Decreto.

(destaques adotados)

Analizados os normativos ora colacionados, constata-se que a *natureza pública, exclusiva e essencial dos serviços administrados e executados pela RFFSA* deriva, portanto, da inter-

pretação sistemática e harmoniosa da legislação infraconstitucional regente da quaestio, que não alterou, ao revés, ratificou o norte constitucional conferido à matéria. É, de igual forma, corroborada por julgados do próprio Supremo Tribunal Federal aplicáveis por similitude e farta doutrina.

Não se desconhece haver entendimento da 2ª Seção deste E. Tribunal Regional Federal, no sentido de não ser reconhecido à RFFSA o gozo da imunidade tributária, em razão da natureza dos serviços que prestava (e.g., EI 0026518-66.2012.4.03.6182, EI 0011638-14.2009.4.03.6105). No entanto, considerados os fundamentos ora consignados, há de ser perfilhado o entendimento no sentido da aplicação das normas imunizantes ao ente delegatário, o qual é corroborado pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal a seguir colacionados, que reconhecem a imunidade às sociedades de economia mista que se caracterizem inequivocamente como instrumentalidades estatais na prestação de serviço público:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO. CODESP - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO (ART. 21, XII, “F”, DA CF). IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, “A”, DA CF). ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE (RE N. 253.472). AGRAVO IMPROVIDO.

1. No julgamento do RE n. 253.472, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 01.02.11, o Plenário do STF reconheceu, por efeito da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”, da CF), a inexistência, por parte do Município tributante, do IPTU referente às atividades executadas pela CODESP - entidade delegatária de serviços públicos a que se refere o art. 21, XII, “f”, da CF - , na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. (Precedentes: RE n. 253.394, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 11.4.03; AI n. 458.856, Relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJ de 20.4.07; RE n. 265.749-Ed-Ed, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 22.08.11; AI n. 738.332-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 26.11.10, entre outros).

2. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: “Imposto - Predial e Territorial Urbano - Município de Santos - CODESP - Pretensão à imunidade do lançamento fiscal - Inviabilidade - Imunidade se aplica aos bens e serviços de ente estatal, não às sociedades de economia mista que os exploram - Isenção não renovada depois da Constituição Federal de 1.988 - Tributo devido. (...)”

3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (destaques aditados)

(STF, RE 462704 AgR, Re. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXTENSÃO A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (destaques aditados)

(STF, RE 647881 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012).

No mesmo sentido tem se manifestado esta E. Corte Regional:

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL. IMPOSTO

PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXA MUNICIPAL. DÉBITOS NÃO ABRANGIDOS POR CONTRATO DE DAÇÃO EM PAGAMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM GRAU RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. TAXA DE REMOÇÃO DE LIXO DOMICILIAR. REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B, § 3º DO CPC).

1. Com relação à cobrança do *IPTU*, a *RFFSA* foi constituída sob a forma de sociedade de economia mista, para exploração de serviços públicos de transporte ferroviário, de competência da União (art. 21, XII, d, CF/88), podendo se valer dos benefícios da imunidade consagrada aos entes políticos no art. 150, VI, a, da Carta Magna, não se sujeitando à tributação por meio de impostos. Precedentes deste Tribunal: 3ª Turma, AC nº 2007.61.10.012098-9, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Jeuken, DJF3 07.04.2009, p. 485; 4ª Turma, AC nº 2008.61.17.001051-0, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, j. 15.10.2009, DJF3 CJ1 26.01.2010, p. 272.

(...)

8. Apelação e recurso adesivo improvidos. (destaques aditados)

(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AC 0009906-35.2008.4.03.6104, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, julgado em 20/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 Data:28/06/2013).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORÃ. *IPTU*. IMUNIDADE RECÍPROCA.

I. A *RFFSA* por ser prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, está abrangida pela imunidade tributária recíproca no tocante aos impostos, a teor do artigo 150, VI, alínea “a” da Constituição Federal.

II. Honorários advocatícios reduzidos.

III. Reexame necessário parcialmente provido. (destaques aditados)

(TRF 3ª Região, Quarta Turma, REO 0001972-32.2008.4.03.6005, Rel. Desembargadora Federal Alda Basto, julgado em 02/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2013).

Ressalte-se que em julgamento recente o STF decidiu:

Vê-se, portanto, que a resolução do presente litígio há de resultar do reconhecimento, na espécie, de que a pretensão impositiva do Município, em tema de *IPTU* (imposto cuja exigibilidade está sendo questionada no caso), sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, que traduz uma das projeções concretizadoras do postulado constitucional da Federação.

(...)

Assim definida a questão, cumpre-me observar, desde logo, por relevante, que controvérsias assemelhadas à suscitada no presente recurso extraordinário - que concerniam a *empresas governamentais incumbidas, por outorga, de explorar atividades constitucionalmente reservadas a determinada entidade política* - já foram dirimidas por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos nos quais se reconheceu, em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, alguns dos quais instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca (RTJ 187/355, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ACO 789/PI, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - ACO 814/PR, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - RE 318.185-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - RE 357.291-AgR/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 357.447-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 407.099/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 501.639-AgR/BA, Rel. Min. EROS GRAU - RE 542.454-AgR/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO - RE 598.322-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g).

(RE 943885, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17/02/2016. No mesmo sentido: RE 971808, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27/05/2016).

No tocante ao monopólio da atividade, extrai-se do excerto ora transcrito não ter sido considerado essencial para o reconhecimento da imunidade, uma vez que já fora admitida “em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, *alguns dos quais* instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca”. Ainda que assim não se entendesse, estaria caracterizado pela exclusividade da prestação do transporte férreo atribuída pelo constituinte ao ente federal, na forma dos fundamentos apresentados, delegada unicamente à RFFSA. Portanto, mesmo que tenha havido posterior desestatização, com concessão do dever de execução do serviço, sua natureza exclusiva não resta alterada, em especial quanto à Rede Ferroviária.

Tampouco se diga que os casos decididos pelo STF seriam diversos do presente. Tal realidade se verifica similar, inclusive, à da ECT e INFRAERO, às quais é reconhecido o direito ao gozo da imunidade tributária. Dessa forma, não há fator impeditivo à extensão do entendimento à RFFSA, porque se revela indubitavelmente prestadora de serviço exclusivo da União e atende aos requisitos constitucionais e legais para ser-lhe assegurada a imunidade tributária. Confira-se o posicionamento firmado pelo sodalício:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF).

1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.

2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados.

3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.

4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional.

5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (destaques adotados)

(STF, RE 773992, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 15/10/2014);

IMUNIDADE RECÍPROCA - INFRAERO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Tribunal reafirmou o entendimento jurisprudencial e concluiu pela possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. (destaques adotados)

(STF, AI-AgR 797034, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., Primeira Turma, j. 21/05/2013).

A RFFSA se enquadra nas situações ora colacionadas e, desse modo, atende aos requisitos tanto de âmbito infraconstitucional como aqueles listados pela Carta Magna para a ela ser reconhecido o direito à imunidade tributária.

A notoriedade do caráter público, exclusivo e essencial do transporte ferroviário pode ser aferida, também, a partir da análise das disposições da Lei nº 10.233/2001, que *submetem a prestação e gestão do serviço à fiscalização da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT*, não só em virtude de sua incontestável relevância para a coletividade, como porque a

União mantém a titularidade do serviço e, em decorrência, responde subsidiariamente pelas concessionárias e permissionárias. Além disso, os ativos operacionais existentes e, também, os que vierem a ser instalados em decorrência da construção de novas linhas férreas deverão ser explorados por meio de contratos de concessão que contemplem *cláusula de reversão à União*, justamente porque se mantém titular do serviço. Atente-se ao teor dos artigos a seguir transcritos:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

I - promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;

II - promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III - propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre; (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)

IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI - reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

VII - proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;

VIII - fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

X - adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados;

XI - promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção;

XII - habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes;

XIII - promover levantamentos e organizar cadastro relativos ao sistema de dutovias do Brasil e às empresas proprietárias de equipamentos e instalações de transporte dutoviário;

XIV - estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;

XV - elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira.

XVI - representar o Brasil junto aos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas

rodovias federais por ela administradas. (Incluído pela Lei nº 10.561, de 13.11.2002)

XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)

Parágrafo único. No exercício de suas atribuições a ANTT poderá:

I - firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas;

II - participar de foros internacionais, sob a coordenação do Ministério dos Transportes.

III - firmar convênios de cooperação técnica com entidades e organismos internacionais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao *Transporte Ferroviário*: (Redação dada pela Medida Provisória nº 576, de 2012)

I - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais;

II - administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24;

III - publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, *com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados*;

IV - fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados;

V - regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes;

VI - articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrô e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros;

VII - contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, orientando e estimulando a participação dos concessionários do setor.

VIII - regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por concessionários. (Incluído pela Lei nº 12.743, de 2012)

Parágrafo único. No cumprimento do disposto no inciso V, a ANTT estimulará a formação de associações de usuários, no âmbito de cada concessão ferroviária, para a defesa de interesses relativos aos serviços prestados.

Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao *Transporte Rodoviário*: (...)

(destaques adotados)

Corrobora-se o ora expandido, ainda, por meio das ementas a seguir colacionadas da Superior Corte, concernentes ao julgamento de situações parelhas que se amoldam ao caso sub judice. Extrai-se dos julgados o reconhecimento da legitimidade ativa e passiva *ad causam* da União para figurar nos feitos que versem sobre a gestão e a execução dos serviços de transporte ferroviário, ainda que prestados por meio indireto (concessão, permissão, autorização), em decorrência de não poder ser afastado o interesse da União, até mesmo porque reflete a significativa dimensão do interesse público envolvido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. DEMANDA PROPOSTA PELA RFFSA EM FACE DE ARRENDATÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. UNIÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(omissis)

6. O fato de a Lei 10.233/01 atribuir à ANTT a administração dos contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a sua vigência por si só não desnatura o *interesse da União de ocupar o pólo ativo da presente demanda, tendo em vista a sua condição de titular de todos os serviços objeto de contrato de concessão em cumprimento ao que determina a CF/88*. 7. Recurso especial não provido. (destaques aditados)

(STJ, REsp 1426884, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, v.u., DJe 16/03/2015);

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANO MATERIAL - *RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO*. A Jurisprudência desta Corte considera a autarquia responsável pela conservação das rodovias e pelos danos causados a terceiros em decorrência da má conservação, contudo *remanesce ao Estado a responsabilidade subsidiária*. Agravo regimental provido em parte para afastar a responsabilidade solidária da União, persistindo a responsabilidade subsidiária. (destaques aditados)

(STJ, AGREsp 875604, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 25/06/2009).

ADMINISTRATIVO - RODOVIA FEDERAL - PEDÁGIO - CONTRATO DE CONCESSÃO - UNIÃO - MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES - ANTT - LEGITIMIDADE PASSIVA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126 DO STJ.

1. O acórdão recorrido abriga fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional. A ora agravante, porém, não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126 deste Tribunal.

2. Ademais, a jurisprudência desta Corte adotou o entendimento segundo o qual a União é parte legítima para integrar a lide que trate de cobrança de pedágio em rodovia federal delegada a Estado-membro. *In casu*, conforme consignado no acórdão recorrido, *a participação da União Federal se dá por meio do Ministério dos Transportes, do qual a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT subrogou-se nos direitos e obrigações*.

Agravo regimental improvido. (destaque aditado)

(STJ, AGREsp 1119560, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 25/09/2009).

De conseguinte, conforme os fundamentos esposados, constata-se que a Rede Ferroviária Federal S/A era sociedade de economia mista prestadora de transporte ferroviário, *serviço público de natureza essencial, obrigatória e exclusiva, de titularidade da União e exercido por delegação*. Portanto, imperioso reconhecer a *imunidade tributária da RFFSA, de modo que se torna incabível a cobrança do IPTU referente aos anos anteriores a 2007*.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno, a fim de reformar a decisão singular que deu provimento aos embargos infringentes e manter o acórdão vencedor por maioria.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

APELAÇÃO CÍVEL
0001191-63.2011.4.03.6115
(2011.61.15.001191-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: Ap 1934847

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/07/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TARIFA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTO. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL. INÍCIO CONTAGEM. VIGÊNCIA DO CC/2002. NULIDADE DO TÍTULO. NÃO OCORRÊNCIA.

- O S.T.J. já se manifestou em sede de recurso especial representativo de controvérsia, no sentido de que é vintenário o prazo prescricional da pretensão executiva atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto, cujo vencimento, na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era superior a dez anos. Ao contrário, *como é o caso dos autos*, cuida-se de prazo prescricional decenal. Relativamente ao início da contagem do fenômeno extintivo, aquela corte superior pacificou-se no sentido de que deve ser contado a partir da vigência da nova lei, que se deu em 11 de janeiro de 2003. Não estão prescritos os débitos relativos às tarifas de água e esgoto, contado o prazo a partir de 11.1.2003.

- O STJ, quando do julgamento do REsp nº 1117903/RS, no regime de representativo de controvérsia, fundado em precedentes do STF, assentou entendimento, no sentido de que: a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010). Assim, não há que se falar em incidência do CTN e conseqüentemente em lançamento, na espécie, o qual é puramente instituto de Direito Tributário. Portanto, a questão de nulidade do lançamento por ausência de notificação não merece ser acolhida por falta de supedâneo legal.

- A contraprestação pelo serviço de água não tem natureza jurídica de obrigação *propter rem*. Precedentes. Portanto, a cessão do imóvel à Prefeitura Municipal de São Carlo/SP em 19/04/2011 não tem o condão de desobrigar a embargante da cobrança dos débitos anteriores objeto da execução originária.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimen-

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

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelação interposta pela União contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, bem como fixou honorários advocatícios em 10% do valor da execução (fls. 30/32 vº).

Aduz, às fls. 40/44 vº:

a) as CDA fundam-se em taxas vencidas entre 1998 e 2003, de maneira que os créditos estão prescritos, a teor do artigo 174 do CTN, porquanto passaram-se mais de cinco anos até a citação da apelante em 20/05/2011 ou ainda até o despacho citatório proferido em 28/04/2011;

b) nulidade do lançamento tributário por falta de notificação do sujeito passivo;

c) confusão entre autor e réu, em razão de o aludido imóvel objeto das cobranças de água e esgoto ter sido cedido gratuitamente à Prefeitura Municipal de São Carlos/SP;

g) impõe-se a extinção da execução fiscal e reversão da condenação ao ônus da sucumbência.

Em contrarrazões (fls. 49/59), o apelado requer a manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Embargos à execução fiscal opostos pela União contra o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Carlos com vista a desconstituição do título executivo atinente à cobrança de dívida decorrente de serviços de água e esgoto.

Da prescrição

Sustenta a apelante que as CDAs fundam-se em taxas vencidas entre 1998 e 2003, de maneira que os créditos estão prescritos, a teor do artigo 174 do CTN, porquanto passaram-se mais de cinco anos até a citação da apelante em 20/05/2011 ou ainda até o despacho citatório proferido em 28/04/2011.

O S.T.J. já se manifestou em sede de recurso especial representativo de controvérsia, no sentido de que é vintenário o prazo prescricional da pretensão executiva atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto, cujo vencimento, na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era superior a dez anos. Ao contrário, *como é o caso dos autos*, cuida-se de prazo decenal. Confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA/PREÇO PÚBLICO. PRAZO

PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO.

1. A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 447.536 ED, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28.06.2005, DJ 26.08.2005; AI 516402 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.09.2008, DJe-222 DIVULG 20.11.2008 PUBLIC 21.11.2008; e RE 544289 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 690.609/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.08.2009, DJe 21.08.2009; e EREsp 1.018.060/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 09.09.2009, DJe 18.09.2009).

2. A execução fiscal constitui procedimento judicial satisfativo servil à cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública, na qual se compreendem os créditos de natureza tributária e não tributária (artigos 1º e 2º, da Lei 6.830/80).

3. Os créditos oriundos do inadimplemento de tarifa ou preço público integram a Dívida Ativa não tributária (artigo 39, § 2º, da Lei 4.320/64), não lhes sendo aplicáveis as disposições constantes do Código Tributário Nacional, máxime por força do conceito de tributo previsto no artigo 3º, do CTN.

4. Consequentemente, o prazo prescricional da execução fiscal em que se pretende a cobrança de tarifa por prestação de serviços de água e esgoto rege-se pelo disposto no Código Civil, revelando-se inaplicável o Decreto 20.910/32, uma vez que: "... considerando que o critério a ser adotado, para efeito da prescrição, é o da natureza tarifária da prestação, é irrelevante a condição autárquica do concessionário do serviço público. O tratamento isonômico atribuído aos concessionários (pessoas de direito público ou de direito privado) tem por suporte, em tais casos, a idêntica natureza da exação de que são credores. Não há razão, portanto, para aplicar ao caso o art. 1º do Decreto 20.910/32, norma que fixa prescrição em relação às dívidas das pessoas de direito público, não aos seus créditos." (REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.08.2009, DJe 21.08.2009)

5. O Código Civil de 1916 (Lei 3.071) preceituava que: Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

(...) "Art. 179. Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177."

6. O novel Código Civil (Lei 10.406/2002, cuja entrada em vigor se deu em 12.01.2003), por seu turno, determina que: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

(...) 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."

7. Consequentemente, é vintenário o prazo prescricional da pretensão executiva atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto, cujo vencimento, na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era superior a dez anos. Ao revés, cuidar-se-á de prazo prescricional decenal.

8. In casu, os créditos considerados prescritos referem-se ao período de 1999 a dezembro de 2003, revelando-se decenal o prazo prescricional, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

9. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, para prosseguimento da execução fiscal, uma vez decenal o prazo prescricional pertinente. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010 - grifei)

Relativamente ao início da contagem do fenômeno extintivo, aquela corte superior pacificou-se no sentido de que deve ser contado a partir da vigência da nova lei, que se deu em 11 de janeiro de 2003. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTES DA CORTE. PRESTAÇÕES ANTERIORES À VIGÊNCIA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028.

1. O prazo prescricional aplicável à pretensão de cobrança de taxas condominiais é de cinco anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, do Código Civil.

2. Quando ainda não transcorrida a metade do prazo prescricional previsto no código anterior, aplica-se o prazo reduzido pelo Código Civil de 2002, contado a partir da vigência do código atual, ou seja, 11.1.2003.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no AREsp 745.276/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 01/10/2015-grifei)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 200 DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS E MATERIAIS. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ART. 932, III, DO CC. INCIDÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, a incidência do artigo 200 do Código Civil pressupõe a existência de relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal. A prescrição da pretensão indenizatória não corre quando a conduta ilícita supostamente perpetrada pela parte ré se originar de fato a ser apurado também no juízo criminal, sendo fundamental, para tanto, a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite.

2. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, atenta aos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade legal, firmou-se no sentido de que os prazos reduzidos devem ser contados a partir da vigência do novo Código Civil (11/1/2003), e não da data dos fatos que ensejaram a ação. Precedentes.

3. O Tribunal de origem concluiu que as recorrentes faziam parte do mesmo grupo econômico e o motorista causador do acidente fatal realizava atividade no âmbito do interesse econômico da parte ora recorrente, pelo que podem perfeitamente responder pelos danos morais e materiais, figurando, pois, corretamente no polo passivo da presente ação.

4. Em virtude da redação do parágrafo 2º do art. 475-Q do CPC/1973, a pretensão de afastamento da constituição de capital como garantia de cumprimento do julgado em função da solvabilidade da empresa recorrente encontra óbice na Súmula 7 deste Tribunal.

5. Agravo interno não provido.

(AgRg no REsp 1567594/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017-grifei)

Destarte, não estão prescritos os débitos relativos às tarifas de água e esgoto, contado o prazo a partir de 11.1.2003.

Da nulidade do lançamento por falta de notificação

O STJ, quando do julgamento do REsp nº 1117903/RS, no regime de representativo de controvérsia, fundado em precedentes do STF, assentou entendimento, no sentido de que: a

natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Assim, não há que se falar em incidência do CTN e consequentemente em lançamento, na espécie, o qual é puramente instituto de Direito Tributário. Portanto, a questão de nulidade do lançamento por ausência de notificação não merece ser acolhida por falta de supedâneo legal.

Da confusão entre autor e réu

Sustenta-se confusão entre autor e réu, em razão de o aludido imóvel objeto das cobranças de água e esgoto ter sido cedido gratuitamente à Prefeitura Municipal de São Carlos/SP.

Sem razão a apelante. O STJ firmou entendimento de que a contraprestação pelo serviço de água não tem natureza jurídica de obrigação *propter rem*, pois não se vincula à titularidade do imóvel, mas a quem solicitou o serviço. Assim, o inadimplemento é do usuário, ou seja, de quem efetivamente obteve a prestação do serviço. Confirma-se: AgRg no Ag 1.244.116/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.3.2010, DJe 12.3.2010; AgRg no Ag 1.323.564/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.10.2010, DJe 2.2.2011.

No presente caso, está evidenciado ainda mais o caráter pessoal da obrigação em questão, na medida em que se trata de infração à legislação de água e esgoto do município, de modo que a responsabilidade pelo pagamento do débito referente é do usuário do serviço. Portanto, a cessão do imóvel à Prefeitura Municipal de São Carlos/SP em 19/04/2011 (fl. 120) não tem o condão de desobrigar a embargante da cobrança dos débitos anteriores objeto da execução originária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0011477-25.2011.4.03.6140
(2011.61.40.011477-9)

Apelante: JOÃO BATISTA DE AZEVEDO JUNIOR
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: Ap 2111280
Disponibilidade do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2018

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA. LEI Nº 7.713/88. MOLÉSTIA GRAVE. VENCIMENTOS RECEBIDOS EM ATIVIDADE. ARTIGO 111, II DO CTN INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 aplica-se a todos os requerimentos administrativos formulados ou ações ajuizadas a partir do dia 09/06/2005, pouco importando que os fatos geradores dos tributos indevidamente recolhidos sejam anteriores a essa data. Considerando que a presente demanda foi ajuizada em 16/11/2011, aplica-se a prescrição quinquenal, atingindo as parcelas retidas anteriormente à 16/11/2006.
2. O artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88 impõe a presença de dois requisitos cumulativos para a isenção do imposto de renda, a saber: que os rendimentos sejam relativos à aposentadoria, pensão ou reforma, e que a pessoa física seja portadora de uma das doenças referidas. Enquadrando-se nas condições legais, o rendimento é isento do tributo.
3. Não é possível reconhecer o direito ao benefício da isenção sobre verbas decorrentes de vencimentos recebidos em atividade, uma vez que somente os proventos recebidos em decorrência da aposentadoria ou reforma estão abrangidos pelo benefício legal.
4. A norma tributária isentiva não pode ser interpretada de forma a abranger contribuintes que se encontram na ativa e não recebam aposentadoria ou pensão.
5. O E. STJ firmou entendimento no sentido da impossibilidade de interpretação das normas de isenção de forma analógica ou extensiva, sendo descabido ampliar o benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, nos termos do artigo 111, II, do CTN.
6. Não há que se falar em violação ao princípio da isonomia (artigo 150, II da Constituição Federal) já que a isenção é devida em favor dos inativos portadores de moléstia grave e tem como objetivo desonerar o aposentado incapaz de exercer atividade laborativa e que se encontra em desvantagem face ao aumento de despesas com o tratamento da doença.
7. O próprio autor, ora apelante, afirma que “a partir de sua aposentadoria, não mais contribuiu para a Receita Federal do Brasil”, ou seja, reconheceu que seus proventos de aposentadoria já estão isentos de tributação pelo imposto de renda.
8. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de julho de 2018.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por *JOÃO BATISTA DE AZEVEDO JUNIOR* objetivando a declaração de isenção do imposto de renda, bem como a restituição do tributo incidente sobre os rendimentos recebidos desde 11/11/1999, data em que foi diagnosticado com Mal de Parkinson.

Relata o autor que em 01/12/2009 requereu e obteve junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o benefício de aposentadoria por invalidez, em razão de sofrer Mal de Parkinson, doença elencada no rol do artigo 6º, XIV da Lei nº 7.713/88.

Dessa forma, com base no princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, afirma que não está sujeito ao recolhimento do imposto de renda desde a data do acometimento da doença.

Ação ajuizada em 16/11/2011. Valor atribuído à causa: R\$ 10.000,00 (Dez mil reais).

Às fls. 36, o MM. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Ribeirão Pires reconheceu a incompetência do Juízo Estadual para o conhecimento da causa, determinando a remessa dos autos à Vara Federal de Mauá.

O MM. Juiz *a quo*, sob o fundamento de que a isenção não alcança remuneração decorrente de trabalho assalariado, o que torna descabida a pretensão em período anterior a 01/12/2009, reconheceu a prescrição quinquenal do direito à repetição do indébito e julgou improcedente o pedido.

Em suas razões de apelo, pugna o autor a reforma do julgado, sustentando, em síntese, que: (a) apresentou laudo médico particular atestando como início da doença a data de 01/11/1999 e ainda, histórico de perícia médica elaborado pelo INSS apontando o início da doença em 01/09/2000; (b) a isenção abrange tanto os proventos de aposentadoria e reforma como os rendimentos recebidos pelos portadores de doenças descritas no artigo 6º da Lei nº 7.713/88, não havendo distinção entre ativos e inativos e (c) a prescrição aplicável ao caso é a decenal.

Com contrarrazões às fls. 106/110, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Inicialmente verifico que o recurso foi interposto anteriormente a 18/03/2016, data da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, impondo-se, de rigor, sua análise sob a égide da legislação processual anterior.

Quanto ao requerimento de aplicação da prescrição decenal, cumpre observar que o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em 04.08.2011, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 566.621, acatou a tese de que o prazo simples de cinco anos, fixado pela Lei Complementar nº 118/2005 para que o contribuinte peça ressarcimento de valores que lhe foram cobrados indevidamente vale a partir da entrada em vigor da lei complementar, isto é, 09.06.2005, elegendo como elemento definidor o ajuizamento da ação.

Desse modo, o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 aplica-se a todos os requerimentos administrativos formulados ou ações ajuizadas a partir do dia 09/06/2005, pouco importando que os fatos geradores dos tributos indevidamente recolhidos sejam anteriores a essa data.

Nesse sentido, vem decidindo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita:

PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE DESPEDIDA OU RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. TEMAS JÁ JULGADOS PELA SISTEMÁTICA INSTITUÍDA PELO ART. 543-C, DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008.

1. Tanto o STF quanto o STJ entendem que para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas de 09.06.2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento.
 2. Já para as mesmas ações ajuizadas antes de 09.06.2005, deve ser aplicado o entendimento anterior que permitia a cumulação do prazo do art. 150, §4º com o do art. 168, I, do CTN (tese do 5+5).
 3. Precedente do STJ: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.269.570-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.05.2012. Precedente do STF (repercussão geral): recurso representativo da controvérsia RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011.
 4. No cálculo do imposto incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente em decorrência de decisão judicial, devem ser aplicadas às alíquotas vigentes à época em que eram devidos referidos rendimentos.
 5. Por ocasião do julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.227.133 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011, em que pese a divergência de fundamentos, o certo é que houve consenso da maioria quanto à tese da não-incidência de Imposto de Renda sobre juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho.
 6. Recurso especial da Fazenda Nacional e recurso especial do particular não providos. (destaquei)
- (STJ, REsp 1086144/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 15/08/2012).

Considerando que a presente demanda foi ajuizada em 16/11/2011, aplica-se a prescrição quinquenal, atingindo as parcelas retidas anteriormente à 16/11/2006.

No que concerne ao pedido de restituição dos valores retidos a título de imposto de renda sobre os rendimentos de salário percebidos pelo autor, a sentença não merece reforma.

Assim dispõe o artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713/88, com a redação conferida pela Lei nº 11.052/04:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (Redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004).

Como se observa, para a outorga da isenção do imposto de renda impõe-se a cumulação de dois requisitos pelo contribuinte: ser portador de uma das moléstias arroladas no dispositivo legal acima transcrito e receber proventos de aposentadoria ou reforma.

In casu, não obstante o autor possua doença elencada no referido artigo, não é possível reconhecer o direito ao benefício da isenção sobre verbas decorrentes de vencimentos recebidos em atividade, uma vez que *somente os proventos recebidos em decorrência da aposentadoria ou reforma estão abrangidos pelo benefício legal*, considerando, ainda, que a isenção deve ser interpretada restritivamente (art. 111, II, CTN).

É cediço que a norma tributária isentiva não pode ser interpretada de forma a abranger contribuintes que se encontram na ativa e não recebam aposentadoria ou pensão.

Nesse sentido, entendimento do E. STJ:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO EM ATIVIDADE, PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88. BENEFÍCIO RECONHECIDO A PARTIR DA APOSENTADORIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 incide somente sobre os rendimentos da inatividade, não se aplicando sobre o que recebido na ativa.

2. Recurso Especial provido.

(REsp 1535025/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015) – Grifei

No mesmo sentido, jurisprudência desta C. Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. CARDIOPATIA GRAVE. SERVIDOR EM ATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara. No caso dos autos, a

questão controvertida é eminentemente de direito, não demandando qualquer dilação probatória, podendo ser de pronto analisada pelo Juízo, sendo, assim, passível de ser objeto de exceção de pré-executividade.

2. Como bem ressaltou o Juízo *a quo*, a questão se restringe à possibilidade ou não de concessão de isenção do imposto de renda ao servidor em atividade, com fundamento no artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88.

3. De fato, a Lei nº 7.713/88, estabeleceu, em seu artigo 6º, inciso XIV, isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma recebidos por portador de moléstia grave. No caso dos autos, contudo, trata-se de servidor público em atividade.

4. Nos termos do artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, a lei que outorga isenção deve ser interpretada literalmente, não podendo abranger situações que não se enquadrem no texto expresso da lei. Desta forma, a norma tributária isentiva não pode ser interpretada de forma a abarcar os rendimentos recebidos pelo trabalhador que se encontra em atividade.

5. A jurisprudência pátria consolidou entendimento no sentido de que a isenção do imposto de renda, em caso de pessoa física portadora de moléstia grave, somente incide sobre os proventos de aposentadoria ou reforma, não abrangendo os rendimentos recebidos pelo trabalhador em atividade.

6. Agravo de instrumento desprovido.

(AI Nº 0000271-91.2017.4.03.0000/MS - Rel. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Terceira Turma - J. 02/08/2017 - DE: 10/08/2017)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. IRPF. ISENÇÃO. CARDIOPATIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7713/88. RECONHECIMENTO EM FAVOR DO CONTRIBUINTE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A regra inserta no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 prevê a outorga de isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria, reforma ou pensão, em face da existência de moléstia grave que acomete o contribuinte.

2. A E. Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1116620/BA, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que se tratando de isenção tributária, incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN.

(...)

8. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, APELAÇÃO CÍVEL nº 0005688-06.2014.4.03.6119/SP, Rel. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON, Sexta Turma, j. 16/02/2017, D.E. 06/03/2017).

Ainda, ressalto que o E. STJ, no julgamento do REsp 1.116.620-BA, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC/1973, firmou entendimento no sentido da impossibilidade de interpretação das normas de isenção de forma analógica ou extensiva, sendo descabido ampliar o benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, nos termos do artigo 111, II, do CTN.

Por fim, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia (artigo 150, II da Constituição Federal) já que a isenção é devida em favor dos inativos portadores de moléstia grave e tem como objetivo desonerar o aposentado incapaz de exercer atividade laborativa e que se encontra em desvantagem face ao aumento de despesas com o tratamento da doença.

Como restou evidenciado na decisão recorrida, o próprio autor, ora apelante, afirma que “a partir de sua aposentadoria, não mais contribuiu para a Receita Federal do Brasil”, ou seja, reconheceu que seus proventos de aposentadoria já estão isentos de tributação pelo imposto de renda.

O princípio da igualdade não tem o propósito de estender os efeitos da isenção ao trabalhador ativo. Com efeito, são situações excepcionais, ensejando tratamentos distintos, consoante previsto na legislação anteriormente referida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0005588-30.2013.4.03.6105

(2013.61.05.005588-0)

Apelante: COOPUS COOPERATIVA DOS USUÁRIOS DO SISTEMA DE SAÚDE DE CAMPINAS

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: ApReeNec 356603

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2018

EMENTA

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALORES REPASSADOS A DENTISTAS PRESTADORES DE SERVIÇOS AOS SEGURADOS BENEFICIÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE. ARTIGO 22, INCISO III, DA LEI Nº 8.212/91. NÃO INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

I. A contribuição social consiste em um tributo destinado a uma determinada atividade exercitável por entidade estatal ou paraestatal ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público.

II. A natureza do contrato estabelecido entre o plano de saúde e o paciente é securitária. A operadora disponibiliza ao segurando assistência médica e odontológica, não lhe prestando os serviços diretamente. Para este fim, a operadora intermedeia com profissionais da área da saúde a execução da prestação de tais serviços e compromete-se a repassar aos profissionais de saúde as verbas resultantes desta prestação de serviços havida entre estes e o segurado.

III. Não se pode confundir a contribuição devida pelo prestador de serviço médico/odontológico (cooperativa de médicos equiparada a empresas) às operadoras de plano de saúde, com eventual contribuição daqueles que, como contribuintes individuais, prestam serviços aos segurados dos referidos planos. Também não há que se questionar a exigibilidade da exação quando a operadora de saúde não se subsume na hipótese legal de incidência tributária colhida acima, uma vez que apenas faz a intermediação entre o prestador de serviço de saúde com o contratante do plano de saúde, ora paciente.

IV. Não se opera, neste caso, a prestação de serviço diretamente à empresa de plano de saúde, tal como previsto no inciso III, do artigo 22, da Lei nº 8121/91. A operadora apenas repassa os valores devidos aos médicos/dentistas pela prestação de serviços de saúde a seus clientes/pacientes, a quem efetivamente presta os serviços.

V. Assim sendo, não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados a médicos e dentistas pelas operadoras de planos de saúde.

VI. Com relação aos critérios de correção monetária e juros da compensação, o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir decisão no Recurso Especial nº 1.112.524/DF, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC, pacificou entendimento para a aplicação dos critérios de correção monetária nas hipóteses de compensação de créditos tributários.

VII. Remessa oficial improvida. Apelação da parte impetrante provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e dar provimento à apelação da parte impetrante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2018.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por COOPUS - Cooperativa de Usuários do Sistema de Saúde de Campinas e Região objetivando o afastamento da incidência da contribuição previdenciária relativa aos valores repassados aos profissionais da área da saúde credenciados que prestam serviços aos seus cooperados, nos termos do artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91.

Sobrevinda a sentença, o MD. juiz *a quo* houve por bem conceder a segurança requerida, para que a autoridade coatora se abstenha de exigir da impetrante a contribuição previdenciária sobre o repasse de valores aos profissionais de saúde credenciados que prestam serviços aos cooperados. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Foi determinado o reexame necessário.

Nas razões recursais, a parte impetrante recorre pleiteando a aplicação da taxa SELIC para fins de atualização monetária e juros de mora.

Decorrido o prazo legal, subiram os autos a esta Corte Regional.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator):

O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: “Conceder-se-á mandado de segurança 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”.

Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo.

Todavia, a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação a existência do direito.

Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

Portanto, a presença de prova pré-constituída a amparar a pretensão do impetrante impõe aqui o exame da questão.

A contribuição social consiste em um tributo destinado a uma determinada atividade exercitável por entidade estatal ou paraestatal ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público.

O artigo 195 da Constituição Federal reza que:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (...)

Por sua vez, o artigo 22, inciso III, da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9876/99, estabelece:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais *que lhe prestem serviços*;

A natureza do contrato estabelecido entre o plano de saúde e o paciente é securitária. A operadora disponibiliza ao segurando assistência médica, não lhe prestando os serviços diretamente. Para este fim, a operadora intermedeia com profissionais da área da saúde a execução da prestação de tais serviços e compromete-se a repassar aos profissionais de saúde as verbas resultantes desta prestação de serviços havida entre estes e o segurado.

Não se pode confundir a contribuição devida pelo prestador de serviço médico (cooperativa de médicos equiparada a empresas) às operadoras de plano de saúde, com eventual contribuição daqueles que, como contribuintes individuais, prestam serviços aos segurados dos referidos planos. Também não há que se questionar a exigibilidade da exação quando a operadora de saúde não se subsume na hipótese legal de incidência tributária colhida acima, uma vez que apenas faz a intermediação entre o prestador de serviço de saúde com o contratante do plano de saúde, ora paciente.

Não se opera, neste caso, a prestação de serviço diretamente à empresa de plano de saúde, tal como previsto no inciso III, do artigo 22, da Lei nº 8212/91. A operadora apenas repassa os valores devidos aos médicos/dentistas pela prestação de serviços de saúde a seus clientes/pacientes, a quem efetivamente presta os serviços.

Esta é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual peço vênica para transcrever:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535, INC. II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 22, INC. III, DA LEI N. 8.212/91. EMPRESA SEGURADORA. SEGURO SAÚDE. REMUNERAÇÃO PAGA DIRETAMENTE AOS

PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE CREDENCIADOS (CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS). NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Depreende-se dos autos que o julgado não fora omissivo, prestando a jurisdição de modo adequado. Ofensa ao art. 535, inc. II, do CPC afastada.
2. *“As empresas que operacionalizam planos de saúde repassam a remuneração do profissional médico que foi contratado pelo plano e age como substituta dos planos de saúde negociados por ela, sem qualquer outra intermediação entre cliente e serviços médico-hospitalares. Nesse caso, não incide a contribuição previdenciária”* (REsp 633134/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 16.9.2008). Outros precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 442829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 25.2.2004; EDcl nos EDcl no REsp 442829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 26.5.2004).
3. Recentemente, no julgamento do REsp n. 1106176/RJ, de relatoria do Min. Herman Benjamin, assentada do dia 6.5.2010, esta Turma reiterou esse entendimento.
4. Recurso especial provido.
(REsp 975.220/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 22/09/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. VALORES REPASSADOS AOS MÉDICOS CREDENCIADOS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO. COMPENSAÇÃO. LIMITE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. *“Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados aos médicos pelas operadoras de plano de saúde”* (AgRg no AREsp 176.420/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 22/11/2012).
2. *“Os limites à compensação tributária (introduzidos pelas Leis 9.032/95 e 9.129/92, que, sucessivamente, alteraram o disposto no artigo 89, § 3º, da Lei 8.212/91) são de observância obrigatória, mercê da inexistência de declaração de inconstitucionalidade (em sede de controle difuso ou concentrado) dos aludidos diplomas normativos”* (REsp 919.373/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJ de 26/04/11).
3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para restabelecer a sentença.
(REsp 987342/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. VALORES REPASSADOS AOS MÉDICOS CREDENCIADOS. NÃO INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO OBJURGADO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESSA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES: AGRG NO RESP. 1.129.306/RJ, REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJE 08.09.2010 E RESP. 874.179/RJ, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 14.09.2010. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. *Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados aos médicos pelas operadoras de plano de saúde.* Precedentes.
2. 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.
Precedentes: AgRg no REsp. 1.264.924/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 09.09.2011; e EDcl no AgRg no REsp. 1.232.712/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 26.09.2011.
3. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido.

(AgRg no REsp 1150398/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 20/05/2013)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA.

1. Aplica-se a Súmula 211/STJ, ante a falta de prequestionamento da tese recursal que sustentava que a Lei 9.656/98 equiparava as operadoras de plano de saúde à cooperativa, o que não autorizaria a Corte de origem a diferenciá-la, para efeito de recolhimento da contribuição previdenciária.

2. *Não cabe às operadoras de planos de saúde o recolhimento das contribuições previdenciárias referentes aos valores repassados aos médicos que prestam serviços a seus clientes.* Precedentes: REsp 1.106176/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 17.06.10; AgRg no AgRg no REsp 1.150.168/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.05.10; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 442.829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 26.05.04; REsp 633.134/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.09.08; AgRg no REsp 874.179/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 18.03.10.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1129306/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010)

Assim sendo, não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados a médicos pelas operadoras de planos de saúde.

Com relação aos critérios de correção monetária e juros da compensação, o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir decisão no Recurso Especial nº 1.112.524/DF, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC, pacificou entendimento para a aplicação dos critérios de correção monetária nas hipóteses de compensação de crédito tributários, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO *EXTRA* OU *ULTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita*, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em

21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: “A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento *extra, infra* ou *ultra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, “os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos” (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: “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.”) (Precedente da

Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, Relator Ministro Luiz Fux, v. u., DJe 30/09/2010)

Isto posto, *nego provimento à remessa oficial e dou provimento à apelação da parte impetrante*, apenas para esclarecer os critérios de correção monetária e juros, nos termos da fundamentação.

Oficie-se a autoridade impetrada, encaminhando-se cópia da presente decisão.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0013123-34.2013.4.03.6000
(2013.60.00.013123-9)

Apelante: BANCO VOLKSWAGEN S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: Ap 2239412
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2018

EMENTA

TRIBUTÁRIO - ADUANEIRO - PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO OBJETO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) OU ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada no sentido da admissão da aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da participação do credor fiduciário ou arrendante no evento que deu causa à pena. Precedentes.
2. Apelação a que nega provimento.

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 voto do Desembargador Federal Mairan Maia (Relator).

São Paulo, 18 de julho de 2018.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Recebidos os autos à conclusão em 01/03/2018.

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, proposta por Banco Volkswagen S/A com o objetivo de anular ato administrativo que aplicou pena de perdimento do veículo descrito na inicial, objeto de contrato de arrendamento mercantil, por transporte de mercadorias estrangeiras em desacordo com as normas aduaneiras.

Citada, a União Federal contestou o feito.

A sentença julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Em apelação, o Banco Volkswagen S/A pugnou pela reforma da sentença. Sustenta que em nada concorreu para a prática do ilícito, bem como encontrar-se o veículo apreendido em poder de terceiro por força de arrendamento mercantil (leasing).

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Consiste a controvérsia em saber acerca da possibilidade de aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de arrendamento mercantil que serviu de instrumento para o transporte de mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação e sem prova de introdução regular em território nacional.

Sustenta-se, na inicial, que a sanção aplicada pelo uso ilegal de bem pelo arrendatário não é, pelo princípio constitucional da intranscendentalidade da pena, imputáveis ao autor.

Até recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região prevaleceu o entendimento no sentido de a pena de perdimento não alcançar veículos cujo credor fiduciário não houvesse concorrido no ilícito, mediante os elementos probatórios carreados aos respectivos autos.

Refletindo sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento, fundamentando-se no fato de o contrato de arrendamento mercantil não ter o condão de afastar a aplicabilidade da legislação aduaneira, porquanto o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado. Admitir-se não poder o veículo objeto de leasing ser alvo de apreensão fiscal e consequente aplicação da pena de perdimento seria oferecer salvo-conduto para a prática de ilícitos fiscais.

Com efeito, incabível sobrepor-se o arrendamento mercantil ao interesse público inerente à atuação do fisco e do direito aduaneiro.

O fato de o veículo ser objeto de leasing não representa óbice à imposição da pena de perdimento do veículo, porquanto ao arrendador é dado, pelos meios previstos na legislação civil perseguir o interesse particular de reaver seu crédito mediante execução do contrato de arrendamento mercantil, quando o bem dado por garantia, por qualquer motivo, não se achar na posse do arrendatário, hipótese em que se inserem os autos.

A respeito do tema, confira-se, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cuja fundamentação passa a integrar minhas razões de decidir:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO/DESCAMINHO. VEÍCULO TRANSPORTADOR. PENA DE PERDIMENTO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INOPONIBILIDADE AO FISCO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a aplicação da sanção de perdimento de veículo automotor objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente de valoração sobre a boa-fé do credor fiduciário ou arrendante, tendo em vista que os aludidos instrumentos particulares não são oponíveis ao Fisco (art. 123 do CTN).
2. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.
3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1694124/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017)

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO OBJETO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) OU ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

INDEPENDENTE DE VERIFICAÇÃO DA BOA FÉ. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73.

I - Analisada a questão apontada como omissa deve ser afastada a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973, estando caracterizado o intuito de utilizar os embargos de declaração como mero instrumento de rediscussão do pronunciamento judicial.

II - A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da admissão de aplicação da pena de perdimento de veículo aos contratos de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da boa fé do credor fiduciário ou arrendante, tendo em vista que os aludidos instrumentos particulares não são oponíveis ao Fisco (art. 123 do Código Tributário Nacional). Precedentes: REsp 1572680/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 29/02/2016; AgRg no AgRg no AREsp 178.271/PR, Rel. Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES, DJe 09/10/2015 .

III - Recurso especial provido.

(REsp 1648142/MS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE IRREGULAR DE MERCADORIAS. VEÍCULO OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PENALIDADE DE PERDIMENTO DO BEM. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da admissão da aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da participação do credor fiduciário ou arrendante no evento que deu causa à pena. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1591876/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO OBJETO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) OU ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da admissão da aplicação da pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil (leasing), independentemente da boa fé do credor fiduciário ou arrendante. Isto porque os contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil (leasing) não são oponíveis ao Fisco (art. 123, do CTN). Desse modo, perante o Fisco e para a aplicação da pena de perdimento, os contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil (leasing) não produzem o efeito de retirar a propriedade do devedor fiduciante ou arrendatário, subordinando o bem à perda como se deles fossem, sem anular os respectivos contratos de alienação fiduciária em garantia ou arrendamento mercantil efetuados entre credor e devedor que haverão de discutir os efeitos dessa perda na esfera civil. Precedentes: REsp. nº 1.434.704 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.03.2014; REsp 1379870 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.10.2013; AgRg no REsp 1402273 / MS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 07.11.2013; REsp. n. 1.268.210 - PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21.02.2013; REsp 1153767 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/08/2010; extinto TFR, ACR n. 7962/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Costa Leite, julgado em 26.04.1988.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.471.116/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO DO BEM. VEÍCULO TRANSPORTADOR. O FATO DE O VEÍCULO SER ALIENADO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CONTRATO DE LEASING. NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DA PENA DE SEU PERDIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O STJ possui entendimento de que o fato do veículo apreendido ser alienado, diante da existência de contrato de leasing, não impede a adoção da medida coercitiva de perdimento do bem, porquanto a forma pela qual foi adquirido o veículo não afasta a incidência do interesse público inerente à atuação da autoridade fiscal, que pretende combater o ingresso irregular de mercadorias no território nacional.

2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.452.576/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 14/11/2014)

Nada há a retocar na sentença proferida em consonância com o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator