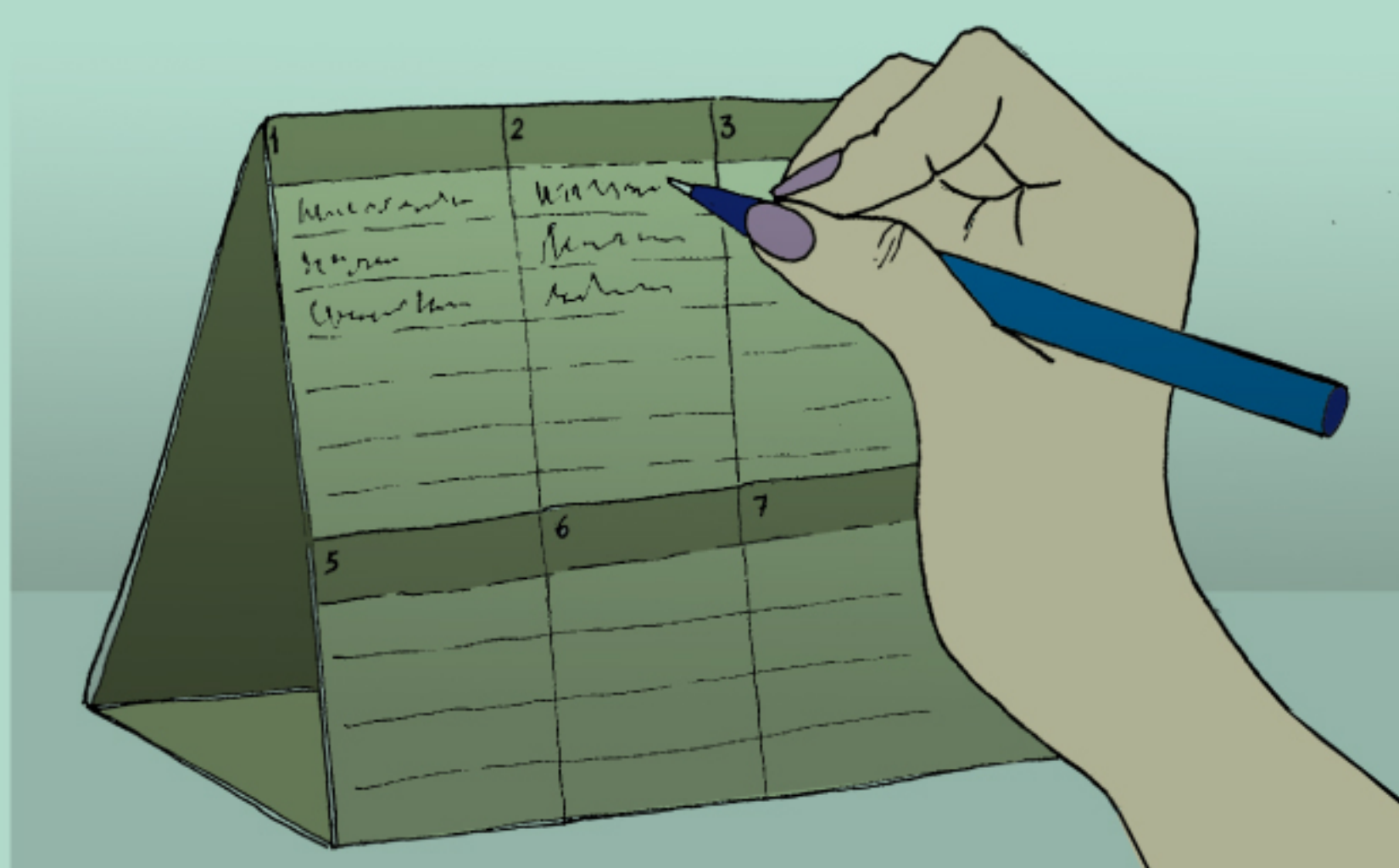


REVISTA

ANO XXVI - N. 126 - JULHO/SETEMBRO DE 2015 - ISSN 1982-1506

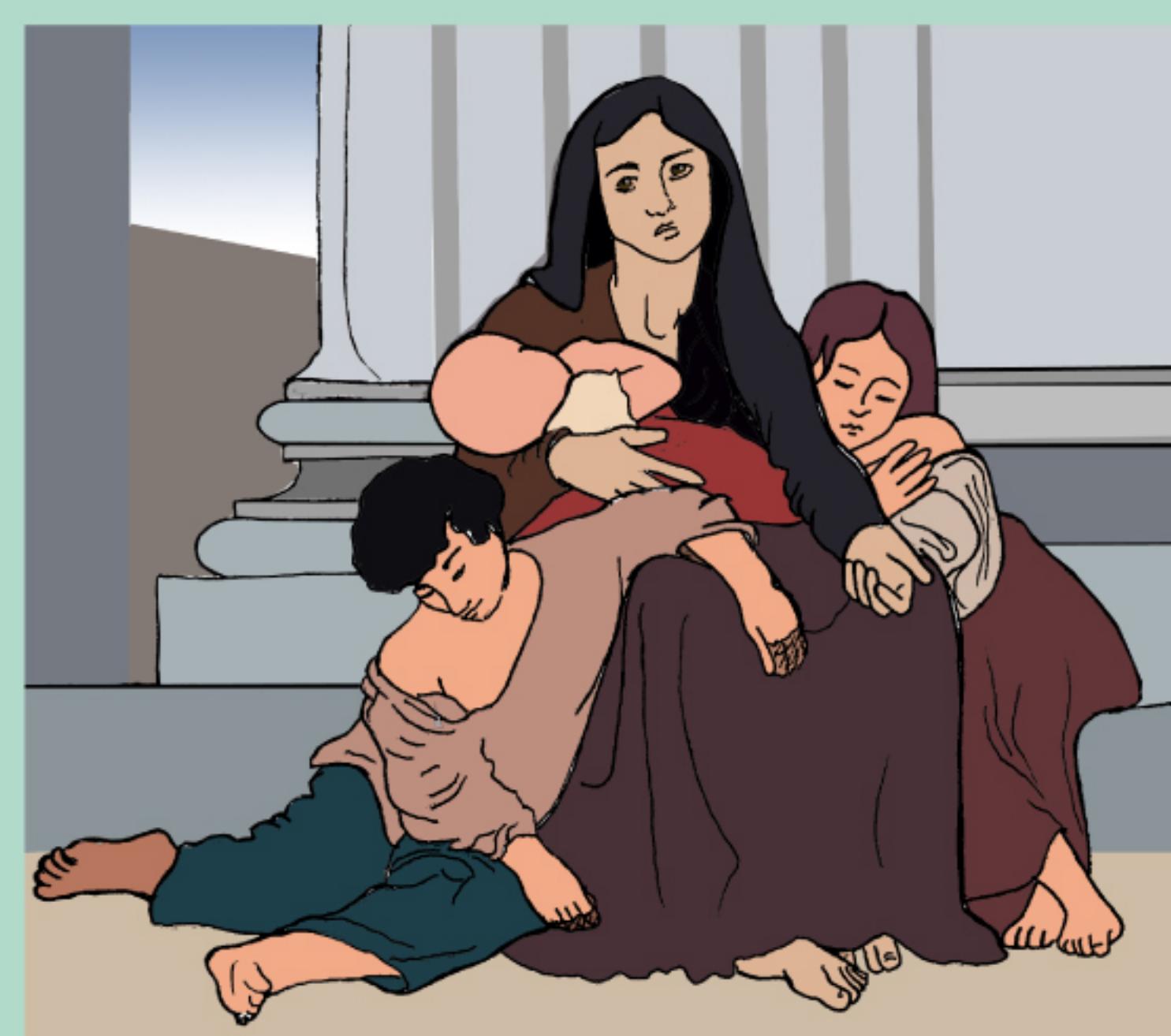


Calendarização processual

Eduardo José da Fonseca Costa
Juiz Federal

O dano moral nos atos administrativos do Instituto Nacional do Seguro Social

Eliana Rita Resende Maia
Juíza Federal

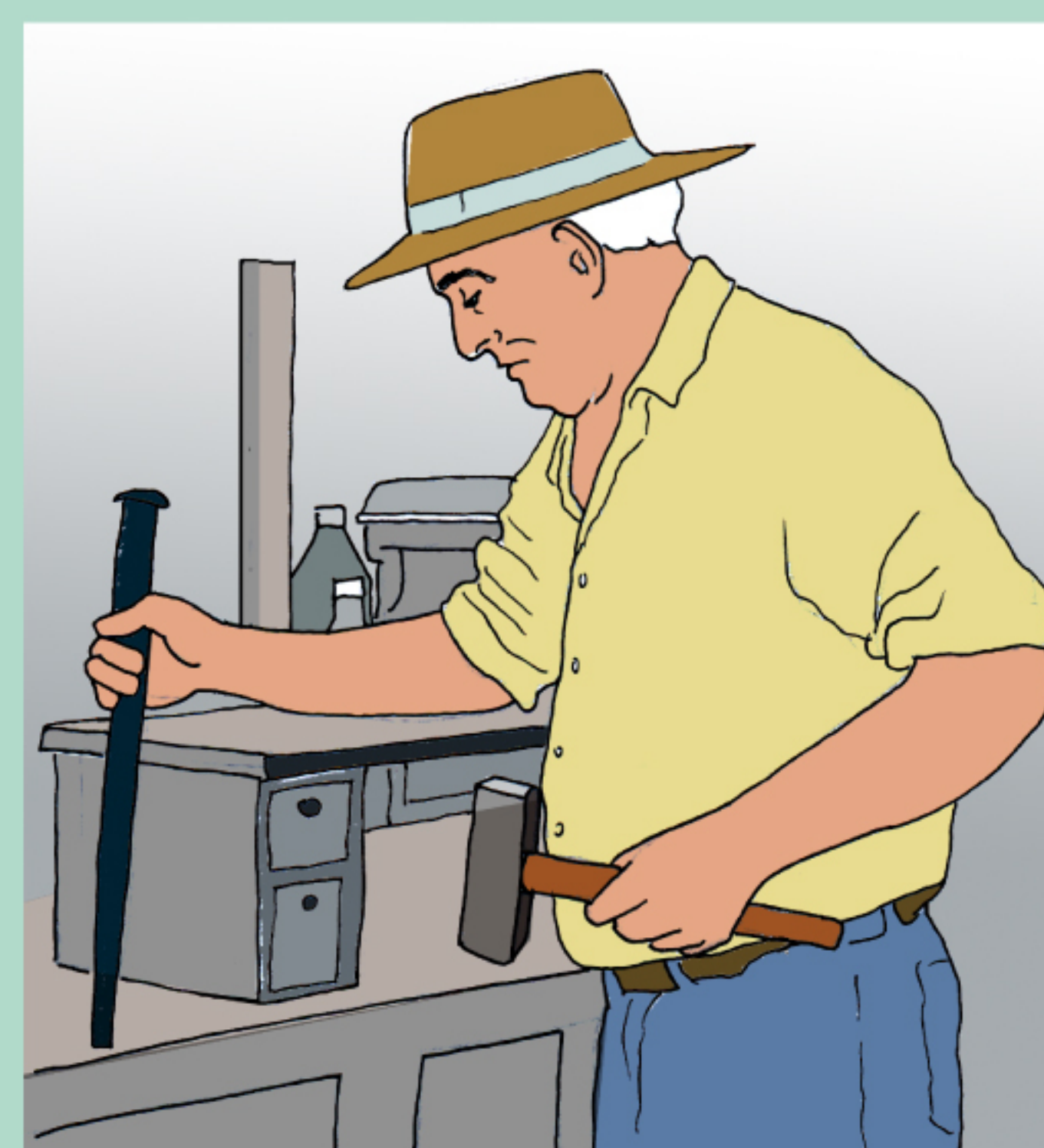


Responsabilidade civil pela perda do tempo

Bruno Santhiago Genovez
Juiz Federal
Mayara Bittencourt Ibe
Advogada

Princípios constitucionais gerais e seguridade social: aplicações práticas

Renato Barth Pires
Juiz Federal



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretora da Revista

Desembargadora Federal Lucia Ursaia

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXVI	n. 126	p. 1-493	jul./set. 2015

Expediente

DIRETORA DA REVISTA: Desembargadora Federal Lucia Ursaia

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.

Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.

Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - nº 119 (out./dez. 2013).

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

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

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 24/08/2015.

⁽²⁾ Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.

⁽³⁾ Não integra as Turmas. Preside as Seções.

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidora-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

LUIZ STEFANINI - Presidente
MARCELO SARAIVA
HÉLIO NOGUEIRA

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
DENISE AVELAR - Juíza Federal

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
MAIRAN MAIA - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
JOHNSOM DI SALVO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
WILSON ZAUHY - Juiz Federal

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

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

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO - Presidente
GILBERTO JORDAN

OITAVA TURMA:

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

DÉCIMA TURMA:

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

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

CECILIA MELLO - Presidente
JOSÉ LUNARDELLI
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>Calendarização processual</i> Eduardo José da Fonseca Costa	15
<i>O dano moral nos atos administrativos do Instituto Nacional do Seguro Social</i> Eliana Rita Resende Maia	31
<i>Responsabilidade civil pela perda do tempo</i> Bruno Santhiago Genovez e Mayara Bittencourt Ibe.....	59
<i>Princípios constitucionais gerais e seguridade social: aplicações práticas</i> Renato Barth Pires	71

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Mandado de Segurança. Processo administrativo. Cancelamento de visto temporário para negócios. Legalidade. Competência da polícia federal. Atividade remunerada e de caráter permanente. Irregularidade configurada.</i> Ag AMS 0015809-05.2004.4.03.6100 Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	103
<i>Auto de infração e multa. Bombas de combustível com vazamento.</i> Ag AC 0008639-62.2012.4.03.6112 Desembargador Federal Carlos Muta	106
<i>Ação Civil Pública. Sentença de parcial procedência. Apelação. Efeito suspensivo. Excepcionalidade configurada. Eficácia nacional das normas do Conselho Nacional de Educação. Vedação à aplicação de avaliação, conhecida por “Vestibulinho”, aos ingressantes do primeiro ano do ensino fundamental.</i> AI 0018098-57.2013.4.03.0000 Desembargadora Federal Alda Basto.....	117

Licitação. Exigência editalícia de “experiência” consistente em as licitantes já terem prestado a mesma espécie de serviço de manutenção em viaturas blindadas. Não atendimento das exigências previstas no momento da apresentação da proposta. Questionamento pela impetrante apenas depois que não foi aprovada no certame.

AI 0028917-19.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo.....121

Suspensão de Tutela Antecipada. Cirurgia de transplante de intestino. Internação e tratamento em hospital em Miami. Pleito de custeio pelo SUS. Arrecadação de dinheiro promovida junto à população, com a finalidade específica de custear o tratamento do autor. Doação com encargo. O dinheiro não pode, nem deve, ter outra destinação.

SLAT 0031349-11.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 125

Aposentadoria compulsória aos 70 anos. Pleito da servidora para que não seja processada sua aposentadoria. Emenda Constitucional nº 88/2015. Ausência de inconstitucionalidade.

AI 0015355-06.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini 134

DIREITO CIVIL

Responsabilidade civil. Indenização. Bolão. Mega sena. Corré reconhece a participação dos autores na aposta. Aposta não efetuada por ato lesivo praticado pelo revendedor credenciado – culpa exclusiva da lotérica. Inexistência de título ao portador. Dano moral configurado. Reconhecida venda de meia cota.

AC 0004101-40.1999.4.03.6000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 139

SFH. Ação objetivando quitação do mútuo habitacional. Invalidez permanente do mutuário. Alegação de ilegitimidade passiva. Prescrição.

Ag AC 0006235-05.2002.4.03.6107

Desembargadora Federal Cecilia Mello 145

DIREITO CONSTITUCIONAL

Outorga de visto a estrangeiro que convive em união homoafetiva com brasileiro. Ilegitimidade ativa do coautor brasileiro.

ApelReex 0012564-20.2003.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira 157

Ensino superior. Realização de atividades em horário alternativo. Abono de faltas. Membro da igreja adventista do sétimo dia. Liberdade de crença e religião. Liberdade de iniciativa e autonomia universitária

AC 0000707-59.2012.4.03.6003

Desembargador Federal Mairan Maia 160

DIREITO PENAL

Crime contra o meio ambiente e contra o patrimônio da união. Artigo 55 da Lei nº 9.605/1998. Artigo 2º da Lei nº 8.176/1991. Tentativa afastada. Prescrição da pretensão punitiva estatal.

ACr 0004285-45.2004.4.03.6121

Desembargador Federal Antonio Cedenho 167

Estelionato. Alienação de lote concedido pelo INCRA. Rejeição da denúncia mantida. Sanções cíveis.

RSE 0000420-19.2005.4.03.6108

Desembargador Federal Maurício Kato 173

Pornografia infantil. Compartilhamento e armazenamento. Artigos 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990. Programas de compartilhamento. Uso. Dolo caracterizado.

ACr 0005850-14.2011.4.03.6181

Desembargador Federal José Lunardelli.....177

Descaminho. Valor inferior ao limite fixado pela Portaria nº 75/2012 Ministério da Fazenda. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Acusados contumazes praticantes do crime.

RSE 0012137-79.2011.4.03.6120

Desembargador Federal Marcelo Saraiva 190

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Juízo de retratação. Aposentadoria por tempo de contribuição. Acréscimo de tempo de serviço posterior a 15/12/1998 sem observância dos critérios exigidos pela Emenda Constitucional nº 20/98. Impossibilidade. Regime híbrido.

AC 0002478-66.2002.4.03.6183

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 197

Juízo de retratação. Aposentadoria por tempo de serviço. Labor rural. Prova testemunhal. REsp 1.348.633.

AC 0033173-93.2005.4.03.9999

Desembargador Federal David Dantas 201

Juízo de retratação. Aposentadoria por tempo de serviço. Impossibilidade de se aplicar retroativamente o nível de ruído de 85 db previsto no Decreto nº 4.882/2003

Ag ApelReex 0015383-79.2007.4.03.6102

Desembargador Federal Gilberto Jordan 204

Ação Rescisória. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Não cumprida a carência. Aposentadoria por idade rural. Requisitos preenchidos. Devolução de valores recebidos de boa fé. Desnecessidade.

Ag AR 0036344-14.2007.4.03.0000

Desembargador Federal Toru Yamamoto 207

Benefício previdenciário. Recolhimento “post mortem” das contribuições previdenciárias devidas pelo contribuinte individual, para fins de recebimento de pensão por morte. Jurisprudência do STJ firme quanto à impossibilidade. Divergência evidente.

REsp AC 0028264-03.2008.4.03.9999

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 218

Juízo de retratação. Pensão por morte. Requisitos não preenchidos.

Ag AC 0060809-29.2008.4.03.9999

Desembargador Federal Baptista Pereira 220

Ação Civil Pública. Lei nº 4.870/1965. Programa de Assistência Social. Legitimidade ativa do MPF. Possibilidade de a alíquota recair sobre o preço atualmente praticado, ante a ausência de “preço oficial”. Responsabilidade das usinas, e não apenas dos produtores de cana-de-açúcar, pelo cumprimento da obrigação.

Ag AC 0001931-89.2009.4.03.6115

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 226

Juízo de retratação. REsp 1.309.529/PR e REsp 1.326.114/SC. Revisão do ato de concessão de benefício previdenciário. Decadência. Aplicação do art. 103 da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pela MP nº 1.523-9/1997, aos benefícios concedidos antes desta norma. Possibilidade. Decadência reconhecida.

AC 0011637-81.2009.4.03.6120

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 237

Ação Rescisória. Pensão por morte. Duplicidade de acórdãos no mesmo feito subjacente. Desconsideração da segunda decisão. Inexistência do ato. Violação a literal disposição de lei.

AR 0040005-30.2009.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 241

Pensão por morte. Esposa do “de cujus”. Dependência econômica presumida. Presença dos requisitos.

Ag AC 0003229-15.2010.4.03.6105

Juiz Federal Convocado Valdeci Dos Santos 260

Juízo de retratação. Benefício assistencial. Prévio requerimento administrativo. Necessidade. Interesse processual.

AC 0000112-06.2012.4.03.6118

Desembargadora Federal Daldice Santana 265

Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de tempo especial. EPI. Prévia fonte de custeio.

Ag AMS 0003707-86.2012.4.03.6126

Desembargador Federal Newton De Lucca 269

Aposentadoria por tempo de contribuição. Processo administrativo. Constatação pelo INSS de que o segurado possuía tempo suficiente para concessão de aposentadoria especial. Pedido judicial para retratação da opção efetuada pelo contribuinte na via administrativa. Dever da autarquia implementar o benefício mais vantajoso.

AC 0003050-36.2013.4.03.6183

Desembargadora Federal Marisa Santos 279

Ação Rescisória. Revisão da renda mensal inicial. Salário-de-benefício. Violação de lei configurada. Aposentadoria por invalidez concedida por transformação do benefício de auxílio-doença. Rescisão do julgado. Pedido originário improcedente.

AR 0026669-17.2013.4.03.0000

Desembargadora Federal Tânia Marangoni 282

Pensão por morte. Dependência econômica da genitora comprovada.

Ag AC 0030735-16.2013.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Domingues 292

Ação Rescisória. Aposentadoria por tempo de contribuição. Regras de transição. Pedágio. Aposentadoria por tempo de serviço proporcional. Idade mínima de 53 anos de idade. Violação à literal disposição de lei. Inocorrência. Erro de fato configurado. Aplicação dos brocardos “jura novit cúria” e “mihi factum, dabo tibi jus”. Implemento dos requisitos da aposentadoria por tempo de contribuição integral em momento posterior ao ajuizamento da ação subjacente. Fato constitutivo do direito superveniente.

AR 0021144-20.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 296

Salário-maternidade. Pescadora artesanal.

AC 0016819-41.2015.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Carlos Delgado.....303

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Juízo de retratação. Julgamento monocrático. Cabimento.

Ag ApelReex 0039473-12.1997.4.03.6100

Juiz Federal Convocado Carlos Francisco 313

Embargos à Execução. Conta de liquidação. Correção monetária. Modulação dos efeitos das ADI's 4.357 e 4.425 pelo STF. Efeitos a partir de 25/03/2015.

Ag AC 0008663-95.2004.4.03.6104

Desembargador Federal Souza Ribeiro 316

Embargos de Declaração. Contribuições previdenciárias. Verbas indenizatórias. Inexigibilidade. Rediscussão. Descabimento. Prequestionamento. Manifestação do órgão jurisdicional sobre a matéria controvertida.

EDcl AMS 0013461-33.2012.4.03.6100

Desembargador Federal André Nekatschalow 322

Assistência judiciária gratuita. Inviabilidade da concessão ao sindicato.

Ag AI 0014423-86.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Hélio Nogueira 327

Ação cautelar. Sustação de protesto. Auto de infração não colacionado. Protesto possibilidade. Art. 1º da Lei nº 9.492/1997 alterado pela Lei nº 12.767/2012.

AI 0011183-55.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Nery Júnior..... 333

Conflito de Competência. Sociedade de advogados. Impossibilidade de litigar no Juizado Especial Federal, antes das alterações que a Lei Complementar nº 147/2014 fez na Lei Complementar nº 123/2006. Artigo 15 do Estatuto dos Advogados. Impossibilidade de ser considerada microempresa e adesão ao SIMPLES.

CC 0019190-36.2014.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete 338

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Mandado de Segurança. Requisição de certidões de antecedentes criminais. Cabimento. Desnecessidade de citação do acusado e de notificação da União Federal. Informações necessárias à correta aplicação da pena. O sigilo das informações revela a imprescindibilidade de intervenção judicial para sua obtenção.

MS 0005746-96.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Nino Toldo 345

DIREITO TRIBUTÁRIO

Contribuição sindical. Servidores públicos. Recolhimento. Obrigatoriedade.

Ag AMS 0000949-52.2002.4.03.6105

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 355

Juízo de retratação. Execução Fiscal. Recurso Especial Repetitivo 1.101.728/sp. Responsabilidade subsidiária do sócio-gerente. Inadimplemento. Falência.

AI 0006512-38.2004.4.03.0000

Desembargadora Federal Diva Malerbi 360

Imposto de renda. Isenção. Aposentadoria. Alienação mental. Alzheimer. Laudo oficial. Prescrição REX 566.621.

ApelReex 0007896-25.2011.4.03.6100

Desembargadora Federal Mônica Nobre 367

Execução Fiscal. Ordem de bloqueio de ativos financeiros. Impenhorabilidade. Art. 649, IV, CPC. Não enquadramento à hipótese legal.

AI 0035125-87.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior 373

Suspensão da exigibilidade da dívida. Inclusão no parcelamento. Interesse processual do sócio. Ilegitimidade passiva “ad causam”.

Ag AC 0037622-50.2012.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Fontes 379

SENTENÇAS

Ação Penal. Crime de contrabando ou descaminho. Maços de cigarro de origem estrangeira.

0000770-32.2009.4.03.6119

Juiz Federal Tiago Bitencourt de David 391

Indenização por danos morais e materiais. Falecimento de filho. Acidente ocorrido no pátio de estação ferroviária. Eletrocussão. Culpa exclusiva da vítima. Menor de idade.

0002871-07.2011.4.03.6108

Juiz Federal Joaquim Euripedes Alves Pinto 398

Inscrição na dívida ativa. Cobrança de anuidade ao CRQ. Pagamento de anuidade devida ao CREA. Profissional engenheira que trabalha na função de técnica de controle de qualidade em indústria alimentícia. Pleito de dano moral.

0008696-26.2011.4.03.6109

Juiz Federal Miguel Florestano Neto 409

Ação de conhecimento. Devolução de cheque. Alegação de existência de numerário suficiente para arcar com a cártula. Erro na compensação com apresentação dupla do mesmo cheque. Pleito de indenização por danos morais.

0000217-34.2013.4.03.6316

Juiz Federal Felipe Raul Borges Benali 412

Ação Penal. Depositário judicial. Imputação da conduta de recusar a restituir e desviar, dolosamente, em proveito próprio ou alheio, bens penhorados para garantia de execução fiscal em trâmite perante a Justiça Federal.

0001688-15.2013.4.03.6113

Juiz Federal Emerson José do Couto 421

Ação Civil Pública. Conselho Regional de Enfermagem – COREN/SP. Exigência de apresentação do diploma para inscrição definitiva. Inscrição provisória com certificado de conclusão de curso e/ou documentos congêneres.

0020016-32.2013.4.03.6100

Juíza Federal Leila Paiva Morrison 432

Ação Ordinária. Operadora de plano de saúde. Multa aplicada pela ANS. Falta de comunicação de reajuste, aplicação diferenciada entre beneficiários e desrespeito à periodicidade.

0000001-81.2014.4.03.6108

Juiz Federal José Francisco da Silva Neto 443

Ação Penal. Uso de cartões de crédito clonados.

0000704-24.2014.4.03.6104

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 448

Ação Penal. Tráfico de entorpecentes. Apreensão de 156,6 kg de maconha.

0001130-42.2014.4.03.6005

Juiz Federal Roberto Brandão Federman Saldanha 464

Embargos de Terceiro. Ação de improbidade administrativa. Alegação de impenhorabilidade de bem de família. Bem alugado para custear aluguel de outro imóvel. Direito da meação de veículos.

0003656-52.2014.4.03.6111

Juiz Federal José Renato Rodrigues.....470

Ação cominatória. Obrigação de fazer. Universidade Paulista Júlio de Mesquita Filho. Seleção de residência médica.

0000094-38.2015.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 475

Ação Penal. Uso de documentos público adulterado. Passaportes israelenses falsos. Réus iraquianos curdos que viviam em zona de conflito do Oriente Médio devastada pela guerra civil e perseguição religiosa. Vítimas de suposto esquema ilegal de tráfico de pessoas na Turquia. Questão humanitária. Inexigibilidade de conduta diversa. Dignidade da pessoa humana.

0003563-31.2015.4.03.6119

Juíza Federal Caroline Scofield Amaral 480

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região.....487

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 491



Artigos Doutrinários

Calendarização processual



Eduardo José da Fonseca Costa

Juiz Federal Substituto em Ribeirão Preto/SP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da USP em Ribeirão Preto/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro dos Conselhos Editoriais da Revista Brasileira de Direito Processual e da Revista Latinoamericana de Derecho Procesal.

“(...) civil procedure should be simplified and made more flexible and expeditious, while at the same time maintaining the guarantees provided for litigants by the traditional rules of procedure and maintaining the high level of justice required in a democratic society”. (Recomendação n. R (84) 5, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 28 de fevereiro de 1984)

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é abordar, analítica e pragmaticamente, o instituto da *calendarização*. Trata-se de técnica de gestão racional do tempo processual, comum em países anglo-saxões. Neles, adota-se o gerenciamento científico de processos (*case management*) por influência de ideias de governança corporativa adaptadas à seara jurisdicional. Essa técnica gerencial promove o fim dos “tempos inúteis” despendidos em atividades cartoriais, já que todos os atos do procedimento estão previamente agendados num cronograma imposto *ab initio* pelo juiz, ou negociado entre as partes numa audiência prévia. Assim, tornam-se desnecessários, por exemplo, os atos oficiais de mero expediente para a movimentação do processo e as suas publicações na imprensa oficial.

PALAVRAS-CHAVE: Calendarização. Flexibilização procedimental. Acordo de procedimento. Gerencialismo processual. *Case management*. Governança judicial. Negócio processual.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Calendarização (primeira parte). 3. Calendarização (segunda parte). 4. Calendarização processual como técnica de governança judicial. 5. Acordo de calendarização e acordo de procedimento. 6. Calendarização por imposição judicial. 7. Recusa da parte ou do advogado à calendarização. 8. Modelos de termo de calendarização. 9. Calendarização em execução. 10. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

No Brasil, as regras jurídicas sobre aceleração do processo ainda estão fadadas à ineficiência. O problema tem raízes menos legislativas que dogmáticas. O Código de Processo Civil de 1973 e as leis processuais extravagantes já carregam enorme potencial de aceleração do desfecho das causas. Entretanto, só é possível esgotar todo esse potencial mediante uma dogmática mais criativa. Um pouco mais de imaginação científica conferiria às ferramentas já postas no sistema processual uma capacidade de agilização ainda maior. Entretanto, a ciência do processo brasileira é exclusivamente *analítica*, ou seja, é voltada tão apenas à fixação de pontos estáticos de compreensão do sistema. Para haver um bom emprego das técnicas de aceleração processual pelo meio forense, não basta que a comunidade dos juristas se cinja a classificar, sistematizar e definir essas técnicas, tal como expressamente desenhadas nos textos de lei. Noutras palavras: não basta compreender cientificamente as técnicas sobre aceleração processual *secundum legem* (*know why*), mas produzir tecnologias inovadoras *praeter legem* de aceleração processual e aprender a manipulá-las estrategicamente (*know how*). Enfim, é necessária uma processualística menos analítica e mais pragmática. Uma *pragmática processual da ação aceleradora*, pois.

Talvez isso explique por que os teóricos do processo e os práticos do foro jamais estudaram e aplicaram em *terra brasilis* o instituto anglo-saxão da *calendarização*. Afinal de contas, nunca vigeu no nosso direito qualquer empecilho constitucional ou legal à adoção dessa técnica tão simples quanto fecunda. É bem verdade que o Código de Processo Civil de 2015 prevê essa técnica no seu artigo 191.¹ Entretanto, a previsão da

calendarização em lei é prescindível para sua imediata experimentação. Daí o objetivo deste trabalho: mostrar a possibilidade do instituto no Brasil, entender a sua natureza jurídica à luz das categorias do nosso ordenamento e investigar as fórmulas práticas para uma utilização rentável. Para isso será indispensável uma interação dialética entre um raciocínio analítico e um raciocínio pragmático: a Analítica direcionando o uso da calendarização e a Pragmática corrigindo eventuais abstrações estéreis.²

2. Calendarização (primeira parte).

A enorme quantidade de processos que assola o Poder Judiciário faz recair sobre os juízes um inédito *dever de performance*. Para que a instituição não exploda, é preciso – dentre outras coisas – que ocorra um equilíbrio entre o número de demandas ajuizadas (*input*) e o número de autos findos arquivados (*output*). Tal equilíbrio garante não apenas o bom desempenho organizacional como a rapidez no desfecho processual. Para que esse desempenho seja levado a efeito, é indispensável que o juiz esteja adestrado e capacitado para misteres com os quais não está tradicionalmente acostumado. Judicando sob o pálio da *eficiência*, ele tem de iniciar-se em saberes práticos arcanos como produção em escala, planejamento estratégico, liderança motivacional, capacidade mobilizadora, estatísticas, fixação e monitorização do alcance de metas, gestão computacional e controladoria. Ou seja, o juiz tem de embrenhar-se em uma “administração científica” da vara em que atua (*court management*) e dos autos que nela tramitam (*case management*). Por esse

cionais, devidamente justificados.

§ 2º. Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.”

- 2 Para um aprofundamento das distinções entre a analítica processual e a pragmática processual: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 47-87.

1 Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º. O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excep-



motivo, auxiliado por um *staff* assessorial,³ o juiz se aproxima da figura do *gerente*. Tudo se passa como se ele fosse um “CEO judiciário”, que – de forma plástica, pragmática e informal – planeja, organiza, dirige e controla as atividades pelas quais é responsável.⁴ Nesse sentido o processo passa a ser tratado como uma “microempresa gerenciável pela macroempresa judiciária” e os processualistas passam a seduzir-se pelo fetiche *business*.

De outro lado, ante um crescente processo de globalização, que faz com que todos os países revelem idênticos problemas de morosidade processual, é indispensável que os magistrados estejam inscritos em programas de intercâmbio internacional para a troca de experiências e a importação de soluções bem-sucedidas. Não por outra razão, caminha-se para uma “mundialização judicial” ou “globalização dogmática”, a partir da qual se vem superando a visão nacionalista no trato das questões processuais e se vem paulatinamente alcançando um *corpus* transnacional de princípios comuns de processo civil.⁵ Com isso, o

Brasil se torna receptáculo de inúmeras soluções experimentadas por países estrangeiros, posto que não estejam previstas expressamente em nossos textos de direito positivo. Boa parcela dessas soluções ataca problemas que gravitam em torno do *procedimento*. E nem poderia ser diferente: no Estado Democrático de Direito, em que se prima pela *eficiência*, a ideia de uma sequência procedimental *always under law* perde a força e o processo civil passa a ser marcado

por traços como *particularização, individualização, fragmentação, adaptação e maleabilidade*.⁶ Daí por que atualmente já se fala num “sistema de artesanias procedimental”.⁷

Uma das mais bem-sucedidas alternativas da qual se pode fazer uso no Brasil é o chamado “*timing of procedural steps*”. O verbo inglês *to time* pode ser traduzido para o português como *aprazar, cronometrar, compassar, marcar o tempo*. Em sentido jurídico, o verbo bem pode ser traduzido como *calendarizar, criar um calendário, estabelecer um cronograma*. Nesse sentido, a expressão significaria *calendarizar as etapas do processo*. Aqui, portanto, o juiz (por meio de resolução) ou as partes (por meio de acordo) *agendam* a prática de cada ato do processo civil para uma data-limite. Ou seja, ao invés de as partes serem intimadas pelo juiz para a prática dos atos que lhes cabem, já saem elas cientes *ex ante*, em audiência preliminar (*pretrial conference*), de todos os atos que terão de realizar até que seja prolatada a sentença. Em verdade, promove-se a delineação imediata de uma expectativa temporal para a prolação da sen-

3 Sobre o relevantíssimo papel do assessor em um modelo gerencial de justiça: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DELFINO, Lúcio. O assessor judicial. In: FREIRE, Alexandre (Coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 547-556.

4 Talvez fosse o caso de repensar-se o modelo atual dos concursos da magistratura e neles inserir etapas de recrutamento presididas por técnicos em recursos humanos e preordenadas à seleção de candidatos com perfil gerencial.

5 Sobre a globalização do pensamento judiciário: MATOS,

José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil atual*. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 124-125.

6 Sobre o assunto, ver nosso: As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, n. 121, mar. 2005, p. 275-301.

7 CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010, p. 260.

tença (*deadline*) e, a partir daí, todas as etapas do procedimento passam a ser orientadas em função dessa expectativa.⁸ Isso faz com que a caminhada processual ocorra sobre um trilho e sob um ritmo definidos, abandonando-se o *laissez faire laissez passer* que sempre caracterizou o sistema adversarial. Segundo José Igreja Matos,

(...) uma conferência entre as partes, ainda que apenas para permitir um claro agendamento das diligências posteriores, é reconhecida como um dos instrumentos mais efectivos para conseguir transações, evitar adiamentos e concentrar o essencial dos actos processuais com o decorrente ganho em termos de celeridade.⁹

3. Calendarização (segunda parte).

A prática permite que se abandone, por exemplo, a utilização de publicações sucessivas. O término de um prazo para o autor já deflagra, automaticamente, o prazo superveniente para o réu. Isso evita os chamados “buracos negros” (*black holes*), isto é, os lapsos inúteis de tempo perdidos com juntada de petição, conclusão dos autos ao juiz para despacho em gabinete, lavratura e assinatura do despacho pelo juiz, devolução dos autos pelo gabinete à serventia judicial (cartório ou secretaria), remessa do teor do despacho à publicação em imprensa, certificação da publicação nos autos e retirada dos autos pela

parte interessada para o cumprimento do ato pertinente.¹⁰ Tudo já está antevisto e rigorosamente datado a fim de não haver dilações improdutivas. Afinal, “*right delayed is right denied*”. Ademais, o impulso oficial sofre uma releitura, pois não se vê o juiz movimentando o procedimento de fase em fase: a força motriz da marcha processual deixa de estar nos despachos e passa a residir no ato inaugural que instituiu o cronograma.

Por essa razão, a chamada “calendarização processual” (*rectius*: “*procedimental*”) altera completamente as rotinas cartoriais e a forma de gestão da vara judicial. Quando se está diante de autos em papel, por exemplo, não há mais sentido em que os cadernos processuais migrem de escaninho em escaninho segundo uma lógica de evolução topológico-temporal e sob o controle de fichamentos físicos ou eletrônicos. Em verdade, o instrumento central para controle do expediente cartorial passa a ser uma *agenda*. Tão logo os autos retornem do recinto de audiências (com o *acordo* de calendarização) ou do gabinete do juiz (com a *resolução* de calendarização), cabe ao serventuário da justiça lançar, numa agenda, todas as datas-limites dos atos do processo já combinadas ou determinadas; daí em diante, deve organizar-se para que as respectivas petições estejam prontamente juntadas a fim de que a parte contrária delas disponha e possa praticar os atos ou diligências que lhe competem. Com isso, ao invés de passearem de estante em estante, os autos

8 Em tese, a calendarização não precisa necessariamente ir só até a sentença. Pode-se prever calendarização para o processamento de recursos ainda em primeiro grau de jurisdição (data-limite para a oposição dos embargos de declaração, para a decisão sobre os embargos declaratórios, para a apresentação das razões e das contrarrazões de apelação, etc.).

9 MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 131.

10 Fundado em estudo realizado pelo STF, Antônio Ernani Pedrosa Calhau aponta que “70% do tempo do processo é consumido com atos que nenhum valor agrega ao processo”. Melhor especificando, do tempo total de um processo, desde a sua distribuição até o final com o arquivamento, o juiz utiliza apenas 11% com atos decisórios. Relativamente ao cômputo geral, os demais atores processuais – advogados e partes – utilizam 20%, e os outros quase 70% são despendidos com atividades burocráticas.” (*Justiça célere e eficiente*: uma questão de governança judicial. São Paulo: LTr, 2010, p. 261) Sobre o problema dos “tempos mortos”: NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 171 e ss.

físicos só saem do lugar em que se encontram para juntadas, resoluções judiciais, vista em balcão de atendimento, carga pelo advogado e remessa ao tribunal. Na verdade, esses autos têm uma localização fixa no armário mediante sistema de coordenadas (em números e/ou letras, por exemplo). Assim que chega ao seu trabalho, o servidor imprime a rol das tarefas agendadas para o dia e realiza-as (o que proporciona várias conveniências administrativas, pois permite que a equipe trabalhe com metas diárias e objetivos inflexíveis). O mesmo se aplica ao juiz, que, ao adentrar o seu gabinete para mais um dia de labuta, terá em mãos o rol dos feitos conclusos em que haverá de sentenciar. Nesse sentido, a vara contará com *duas* agendas: uma na secretaria, outra no gabinete.

Em caso de calendarização por *acordo*, é importante que ele seja tentado em uma audiência colocada entre a distribuição da petição inicial e o início do prazo para resposta (embora possa o juiz homologar acordo de calendarização já celebrado pelas partes *antes* da propositura da ação). Se a tentativa de conciliação restar infrutífera (o que será menos provável, pois o réu ainda não terá impugnado os termos da inicial e, por isso, os ânimos estarão menos acirrados), o ato de resposta também poderá ser calendarizado. Daí se nota que uma calendarização exitosa pressupõe flexibilização do procedimento, haja vista que o juiz terá de convocar o réu para a audiência prévia antes de ordenar-lhe a citação. Tão somente após a audiência – caso o processo não seja extinto por homologação de transação, ou por outro motivo – terá início o prazo de resposta.

Não se pode esquecer, ademais, que o cronograma não é rígido (se bem que a sua conservação seja desejável). Inúmeros imprevistos podem acontecer: atraso na entrega do laudo, morte da parte ou do advogado, não comparecimento à audiência de instrução por motivos de força maior, greve nos serviços judiciários, decisões de tribunal determinando a suspensão do processo (por exemplo,

atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento, concessão de medida liminar em ação de controle abstrato de constitucionalidade ou ação cautelar inominada), etc. Nesses casos, com a retomada do curso processual, a sequência dos atos remanescentes pode ser “recalendarizada” por meio de uma nova *timetable*, seja por outro acordo entre as partes, seja por imposição judicial. De qualquer modo, a rigidez do sistema de calendarização deve ser uma obsessão para o juiz, que não pode ser tolerante com adiamentos *sine die*.

4. Calendarização processual como técnica de governança judicial.

A calendarização é técnica de governança privada bastante usual em trabalhos de auditoria, gestão de projetos e produção. O transplante dessa técnica para a esfera pública ocorreu, fundamentalmente, a partir das recomendações do *New Public Management* de Mark Moore, tão difundidas nos anos 1980 pelas gestões de Margaret Thatcher e Ronald Reagan.¹¹ A necessidade de *eficiência* governamental (responsabilidade dos funcionários, redução de despesa e aumentos de qualidade, produtividade e receita) fez a rigidez *formal* da racionalidade de *comando* (fundamentada em noções publicísticas, técnicas cartoriais e modelos hierárquicos) dar lugar à flexibilidade *informal* da racionalidade de *consenso* (fundada em noções privatistas, técnicas empresarias e modelos gerenciais). Ou seja, em razão da insuficiência das fontes de legitimação *a priori* e da consequente necessidade de aquisição de legitimidade *a posteriori*, o Estado teve de incrementar o seu desempenho e passou a buscar modelos alternativos, plásticos e ágeis de atuação institucional, o que o impeliu a uma verdadeira “fuga para o direito privado”.¹² Daí por que as relações

11 MOORE, Mark. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Trad. Xavier Castaner Folch. Barcelona: Paidós, 1998.

12 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito pri-*

jurídicas titularizadas pela Administração Pública passaram a ser cada vez menos reguladas por leis, regulamentos e portarias (em que prevalecem os princípios da dessimetria e adjudicação compulsória), e cada vez mais por acordos, convenções, cartas, pactos, quase contratos, etc. (nos quais sobressaem os princípios da simetria e cooperação voluntária). Como bem sublinhado pelo jurista alemão Hans Peter Bull, a “Administração autoritária” (*obligkeitlichen*) vem cedendo cada vez mais espaço a uma “Administração soberana consensual” (*schlicht-hoheitlichen*).¹³

Transplantadas para o âmbito *jurisdicional*, essas diretrizes acabaram infundindo uma espécie de “boa governança judicial” (*good judicial governance*).¹⁴ Em fornecedores de produtos e serviços, por exemplo, uma boa prática de governança são as técnicas inventivas e particularizantes de reengenharia procedimental, que lhes permitem trabalhar sob a ideia de *lead time*: trata-se do tempo de processamento de um pedido, desde o instante em que é colocado na empresa até o momento em que o produto ou serviço é entregue ao cliente. Atualmente, para essas empresas, o desafio utópico é trabalhar muito para que o *lead time* seja reduzido a zero, o que acaba delas exigindo uma produção bastante *flexível*. *Mutadis mutandis*, algo similar se passa hoje com o Poder Judiciário. O juiz-fornecedor precisa: a) fixar *lead times* para a entrega da tutela jurisdicional aos



jurisdicionados-consumidores; b) flexibilizar os procedimentos em função das particularidades das situações concretas e do direito material aplicável; c) calendarizar atos processuais em função das expectativas temporais para a prolação das sentenças.

A calendarização é usual nos países de tradição anglo-saxã e decorre dos *judicial case management powers*. Grosso modo, trata-se de poderes discricionários atribuídos ao juiz para que – assumindo a responsabilidade pela qualidade e pela eficiência do serviço público de justiça – possa calculadamente regular a atividade das partes segundo balizas ou “bitolas corretivas”. Geralmente, neles estão compreendidas ferramentas de gestão do processo como: fazer uso de tecnologias de informática; incentivar as partes à conciliação ou à cooperação na condução processual; encorajá-las às vias alternativas de resolução de disputas; adaptar o procedimento às diferentes circunstâncias de cada caso concreto; fixar limites de tempo para a prática de atos; monitorar permanentemente situações de delonga ou protelação injustificada; delegar amplamente poderes à secretaria judicial; determinar oficiosamente a produção de provas.¹⁵ Como se vê, o combate ao uso

vado da Administração Pública. Lisboa: Almedina, 2009

13 *Apud* ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Lisboa: Almedina, 2009, p. 44 e ss.

14 Sobre o movimento mundial de reforma gerencial do Judiciário: NUNES, Dierle José Coelho; TEIXERA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 123 e ss.

15 Sobre os *case management powers*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 112 e ss.; MATOS,

irracional do tempo em juízo é inspirado nos valores eficientistas do *social-liberalismo*, infundindo a figura hiperativa do *managerial judge* e a ideologia do “pós-keynesianismo processual”.¹⁶

De qualquer modo, não há nada de “pós-moderno” no formato da calendarização. Afinal de contas, não existe nada de novo sob o sol. O *timing of procedural steps* exprime um princípio de *liberdade formal*, que marca hoje a arbitragem.¹⁷

5. Acordo de calendarização e acordo de procedimento.

Se bem que se trate de institutos afins, o *acordo de calendarização* e o *acordo de procedimento* não são confundíveis.

No *acordo de procedimento*, as partes

definem quais atos praticarão, bem como a forma e a sequência desses atos, mas não vinculam necessariamente cada um deles a uma data-limite. Trata-se de algo similar a um “compromisso para-arbitral em juízo”, em que as partes chegam a um acordo acerca do procedimento que será adotado no processo. Por meio desse acordo, portanto, as partes celebram um negócio jurídico constitutivo de um formato procedimental. Esse formato pode originar-se de bases inéditas, ou simplesmente derivar de algumas deturpações sumarizantes ao procedimento legal padrão. Daí por que o procedimento criado pelas partes é *especial*; contudo, não se trata de um procedimento especial *in abstracto* (desenhado pela lei para situações gerais e abstratas – *e.g.*, mandado de segurança, ação de nunciação de obra nova, desapropriação), mas de um procedimento especial *in concreto* (ou seja, construído episodicamente para um único caso determinado e singular).

Já o *acordo de calendarização* tem autonomia ontológica. Muitas vezes, ele pode funcionar como *pacto adjecto* a um acordo de procedimento. Com outras palavras: após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-lo a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida. Aqui, a natureza *acessória* do acordo de calendarização é indissociável, pois ele reflexamente se desconstituirá caso se desconstitua o acordo de procedimento. Não por outra razão o novo Código de Processo Civil traz o acordo de procedimento no artigo 190 e a calendarização no artigo 191. Ainda assim, é possível que as partes decidam não criar procedimento, mas aproveitar o procedimento padrão previsto em lei e vincular cada um dos seus atos a datas precisas. Por conseguinte, pode haver (a) *calendarização com flexibilização procedimental* e (b) *calendarização sem flexibilização procedimental*.¹⁸ Decididamente,

José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 130 e ss. Na Europa, a adoção do *case management powers* é diretriz comunitária prevista na Recomendação nº R (1984) 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, adotada no dia 28 de fevereiro de 1984, a qual estabelece princípios de processo civil destinados a melhorar o funcionamento da justiça. A diretriz foi encampada pelo *Dispute Act* norueguês de 2005, especialmente pelas regras contidas no § 9-4. No *Civil Procedure Rules* inglês de 1999, esses poderes estão previstos na regra 1.4 (cujo item 2.g prevê a possibilidade de o magistrado fixar calendário ou outro modo de controlar o trâmite processual). Na Justiça Federal dos EUA, o *case management* se faz não com arrimo em texto de lei, mas numa apostila de recomendações para novos juízes chamada “*The elements of case management: a pocket guide for judges*”, editada no ano de 2006 pelo *Federal Judicial Center* (um centro que acompanha o funcionamento das cortes federais) e escrita em 1991 pelo Juiz William W. Schwarzer (diretor do aludido centro entre 1990 e 1995) e por Alan Hirsch (ex-membro do quadro de pessoal do centro).

16 Sobre as bases político-ideológicas do gerencialismo processual civil: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 82, abr./jun. 2013, p. 205-216; *Idem*. Uma espectrografia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 171-186.

17 Uma comparação entre o sistema de liberdade formal e o de legalidade procedimental pode ser vista em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52 e ss.

18 Excelentes críticas à possibilidade de flexibilização procedimental no Brasil podem ser encontradas em: NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos

o *timing of procedural steps* não constitui uma técnica de flexibilização procedimental. Não se trata de manifestação ou expressão do *princípio da tutela jurisdicional diferenciada*. Enfim, não é uma forma de adaptação do procedimento a vicissitudes da relação jurídica de direito material controvertida. Quando muito se pode sustentar que é uma técnica de *gestão racional do tempo processual*, fruto da filosofia do *just in time*, que tanto inspira o processo produtivo das grandes corporações empresariais. Técnica, aliás, muito bem vinda, haja vista que “tempo é dinheiro”.¹⁹

De qualquer maneira, o que existe em comum entre o acordo de calendarização e o acordo de procedimento é que ambos são *negócios jurídicos processuais*. No primeiro, a autonomia da vontade modela a estrutura procedimental; no segundo, ela define o ritmo do desenvolvimento procedimental. Ambos imprimem ao processo uma lógica *arbitral* e tiram a condução procedimental do *comando autoritário*, transportando-a para a esfera do *consenso amigável*. A verticalidade da imposição rígida cede passo à horizontalidade da negociação flexível. O acordo de calendarização é um negócio jurídico porque é um fato jurídico cujo suporte fático carrega como elemento nuclear manifestações ou declarações conscientes de vontade, em relação às quais o sistema jurídico processual civil faculta às partes, dentro de limites prefixados e de amplitude vária, o poder de submeter a sequência procedimental a um autorregramento cronológico, a fim de que cada ato processual esteja vinculado a uma data-limite.²⁰

Trata-se de negócio *bilateral*. Dele o juiz não participa como declarante. Limita-se a homologá-lo (o que é um *elemento integrativo de eficácia* do negócio, não elemento constituinte do seu suporte fático no plano da *existência*). Mesmo que o magistrado esteja comprometido a sentenciar até determinada data, em tese não haverá de sofrer qualquer sanção processual civil caso não logre cumprir a promessa (a não ser sanções de natureza correicional se a demora descambar para o plano da irrazoabilidade). Afinal, se os prazos estabelecidos *ex vi legis* para o magistrado decidir são impróprios, com maior razão para ele são impróprios os prazos fixados *ex vi voluntatis*. É interessante registrar que as partes podem levar *ab initio* à homologação do juiz um acordo de calendarização celebrado pré-processualmente (autônomo, ou adjeto a um acordo de procedimento); porém, não podem obrigar o juiz a acatar o *deadline* estipulado por elas próprias para a prolação da sentença.

6. Calendarização por imposição judicial.

Questão tormentosa é saber se o juiz pode *impor* às partes uma calendarização por ele mesmo estruturada. Ou seja, resta saber se o juiz, após receber a petição inicial, pode unilateralmente construir em seu gabinete uma “tabela temporal” (*timetable*) – mediante uma flexibilização procedimental, ou aproveitando-se do modelo procedimental padrão – e impô-la à observância das partes.

Embora a hipótese possa melindrar a ala mais radical do garantismo processual, a calendarização *ex officio* pode ser um excelente instrumento de celerização nos processos em que uma das partes seja o Poder Público. Afinal de contas, é notória a lentidão que os privilégios e as prerrogativas da Fazenda ocasionam aos processos. Não se pode ol-

Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 443 e ss.

19 Como bem sublinha Antônio Ernani Pedrosa Calhao, “uma justiça lenta e ineficiente produz impactos negativos à segurança dos negócios e inibe a inversão de capitais, constituindo a lentidão como mais um componente na construção dos indicadores que medem a taxa de risco pelos mercados de capitais.” (*Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010, p. 275)

20 Excelentes considerações sobre a possibilidade de negócios processuais – a despeito da resistência da doutrina em admiti-los – podem ser lidas em: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 54-

64. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sentenças condicionais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 919-933.



vidar, porém, que a atuação dos advogados públicos em juízo é sempre caracterizada por várias restrições funcionais; logo, podem existir dúvidas a respeito da possibilidade de acordos de calendarização pelos órgãos de representação judicial das pessoas jurídicas de direito público. De qualquer forma, é bastante recomendável que o juiz entre em tratativas com os procuradores-chefes, visto que os respectivos órgãos de representação judicial terão de reorganizar-se internamente para que trabalhem sob *agendamentos*. No caso da União, por exemplo, a intimação de *cada* despacho com vista pessoal dos autos (Lei nº 9.028/1995, art. 6º; Lei Complementar nº 73/1993, art. 38; Lei nº 11.033/2004, art. 20) dará lugar a uma *única* intimação de tudo quanto venha a acontecer até a sentença. Idêntico raciocínio é extensível às Defensorias Públicas (Lei Complementar nº 80/1994, arts. 44, I, e 128, I) e ao Ministério Público (novo CPC, arts. 179, I; 180 e 183, § 1º; Lei nº 8.625/1993, art. 41, IV). Todos eles têm secretarias próprias, que recebem autos e mandados e repartem equanimemente os encargos de trabalho entre seus agentes.

Porém, na calendarização por imposição, a autoridade judicial há de ter redobrada cautela. Afinal, trata-se de exercício de ativismo judicial, que, não raro, descamba para o *summum malum* da arbitrariedade, ferindo a indeclinável *isonomia* entre as partes. O

juiz deve ter cuidado para não fixar prazos preclusivos inferiores àqueles previstos em lei, ou estabelecer assimetricamente prazos favoráveis mais a uma parte que à outra. Tanto num caso como noutro, o *devido processo legal* estaria gravemente afrontado. As datas-limites deverão expressar prazos razoáveis para cada uma das partes. Para que se evitem riscos, porém, o ideal é que a calendarização seja feita por acordo em audiência (a qual é sempre preferível, pois nela se verifica uma gestão compartilhada do fluxo processual entre juiz e partes, o que atende aos ditames da democratização participativa).²¹ Nesse caso as partes podem estabelecer para si prazos preclusivos inferiores àqueles previstos em lei. Todavia, se o acordo de calendarização não for possível, é recomendável que os *timings* prescritos em lei sejam aumentados pelo juiz: se por um lado se perde tempo com a dilatação dos prazos, por outro se ganha com a erradicação dos “tempos neutros” ou “*black holes*”. O resultado final acaba sempre sendo o aumento do rendimento de produção com a redução do tempo global de tramitação processual.

7. Recusa da parte ou do advogado à calendarização.

É possível que uma das partes se recuse, imotivadamente, a celebrar um acordo de calendarização. A técnica traz enormes be-

21 É valiosa a ideia do advogado como um *cogestor do tempo processual*. Como bem pontua o juiz federal e professor da UFMG Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad, “os próprios advogados (...) não se enxergam como agentes capazes de contribuir para fomentar a celeridade processual. E não adianta a Constituição Federal estabelecer, com clareza mediterrânea, que o *advogado é indispensável à administração da Justiça*, porque a imposição normativa esbarra na resistência cultural. Por seu turno, os juízes americanos veem necessidade de alocar os advogados nos esforços para gerenciar o ritmo dos litígios e os consideram naturais parceiros no desenvolvimento de programas de redução do atraso a condução dos processos” (Gerenciamento processual e demandas repetitivas. *Seminário demandas repetitivas e na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 88).

nefícios, visto que se destina à concretização do princípio constitucional da celeridade processual (CF, art. 5º, LXXVIII). Ainda assim, pode a parte não desejá-la e preferir que o trâmite processual se faça de modo mais lento e tradicional. Tal atitude pode partir de um réu que não tenha razão, fadado a perder, que apenas queira protelar o desfecho da causa. Nesse caso, poderia o juiz sentir-se tentado a condenar o réu nas penas previstas para a prática de litigância de má-fé (novo CPC, arts. 79 a 81). Afinal de contas, à luz do princípio da boa-fé objetiva, a resistência à celebração do acordo poderia ser lida como um comportamento social típico de dolo processual. Porém, as partes não são obrigadas a firmar acordos no processo. O exercício do poder negocial das partes é simplesmente *facultativo*, não obrigatório. Não há dever de celebrar acordo de calendarização, pois. Daí por que a recusa da parte ao entabulamento de cronogramas procedimentais não configura ilícito. Ora, se de ilícito não se trata, não se há de falar em imposição de sanção processual civil. De qualquer modo, em situações como essa, poderá o juiz estabelecer a calendarização *unilateralmente*.²²

É possível que a recusa advenha do advogado, que não se veja profissionalmente organizado para atuar por agendamento (o que não é crível, porquanto o agendamento é a metodologia de trabalho do causídico *par excellence*). De qualquer modo, é preciso dizer que a calendarização não apenas agiliza o fluxo temporal da relação jurídica processual, como também distensionaria o relacionamento entre advogado e cliente. Afinal de contas, o *timetable* reduz a ansiedade da parte, que antecipadamente sabe a data provável em que a demanda será julgada. Isso fará com que o cliente procure menos o seu advogado, acesse menos o site de acompanhamento processual e visite menos o cartório ou a secretaria em que tramitam os autos. Se o teor sentença é

imprevisível, ao menos que seja previsível a sua data. Como se tudo isso não bastasse, a informação aos jurisdicionados de um *padrão de espera* para a sentença,

(...) além de cumprir com o princípio democrático (...), garante a possível reclamação pelo descumprimento à autoridade hierarquicamente superior, e o controle passa a ser da sociedade (...).²³

8. Modelos de termo de calendarização.

Para que se visualize a dinâmica de tratativas de um acordo de calendarização em juízo, entendemos por bem expor duas atas de audiência hipotéticas, nas quais o negócio processual é celebrado:

AUDIÊNCIA PRÉVIA
AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
AUTOS SOB Nº xxxxx-xx.2014.4.03.6102
AUTOR: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
RÉU: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF

No dia 11 de julho de 2014, às 14h00, na sala de audiências da 7ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, sob a presidência do MM. Juiz Federal Substituto Dr. EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, foi aberta a audiência com as formalidades de estilo. Compareceram o autor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, patrocinado pelo advogado Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, inscrito na OAB/SP sob nº xxxxxxxxxxxxxxxx, bem como a ré CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, apresentada pelo preposto xxxxxxxx e patrocinada pelo advogado Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, inscrito na OAB/SP sob nº xxxxxxxxxxxxxxxx. Iniciados os trabalhos, a tentativa de conciliação restou infrutífera. Do diálogo entre juiz e partes, restou declarado pela ré que pretende, caso não se extinga o

22 A letra fria do artigo 191 do Código de Processo Civil de 2015 parece não referendar essa possibilidade.

23 CALHAO, Antônio Ernani Pedrosa. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010, p. 267.

processo sem resolução do mérito, a realização de perícia contábil, à qual não se opôs o autor. Restou desde já nomeado para o múnus o Contabilista xxxxxxxxxxxx, cujo escritório se situa na Rua xxxxxxxx, e cujo telefone é (16) xxxx-xxxxxxx. Presente à audiência, o perito tomou esclarecimentos e, com isso, pôde arbitrar seus honorários em R\$ xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, com o qual concordaram as partes. Por sugestão do juiz, as partes firmaram acordo de procedimento com pacto adjeto de calendarização, o qual restou homologado nos seguintes termos: a) *até 28 de julho de 2014*, a CEF contestará (ocasião em que arguirá, a título de preliminar, apenas sua ilegitimidade passiva), adiantará a remuneração pericial, indicará assistente técnico e formulará, no máximo, 10 (dez) quesitos; b) *até 07 de agosto de 2014*, o autor replicará, indicará assistente técnico e formulará, no máximo, 10 (dez) quesitos; c) a preliminar será apreciada *até 15 de agosto de 2014*; se afastada, a CEF não interporá agravo e os autos serão remetidos no mesmo dia ao perito para iniciar seus trabalhos; d) *até 16 de setembro de 2014*, o laudo deverá ser protocolizado em juízo, com entrega de cópias para cada uma das partes; e) *até 26 de setembro de 2014*, as partes apresentarão manifestações e os pareceres dos seus assistentes técnicos; f) se o juiz não tiver dúvidas sobre o laudo e se as partes não formularem quesitos elucidativos e/ou complementares, os autos serão remetidos à conclusão para sentença, a qual será provavelmente prolatada *até 13 de outubro de 2014*; g) caso contrário, os autos serão remetidos ao perito e, a partir de então, nova calendarização será feita *ex officio* pelo juiz. Restou ainda acordado que, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser revertida ao Estado: 1) nenhum documento mais será juntado após a contestação; 2) a CEF não apresentará reconvenção, impugnação ao valor da causa, impugnação aos benefícios da justiça gratuita ou exceções formais; 3)

as petições terão, no máximo, 10 (dez) páginas, totalizando 14.000 caracteres, e terão formato A4, margens superior 4.5 cm, margem inferior 4.0 cm, margem esquerda 4.5, margem direita 2.5 cm, cabeçalho 3.8 cm, rodapé 2.5 cm, fonte Times New Roman, corpo 12 pt, espaçamento 1.5, margem justificada. Saem os presentes intimados. Nada mais. Eu, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Analista Judiciária, RF sob nº xxxxxx, digitei. MM. Juiz Federal Substituto: _____
Autor: _____
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (preposto): _____
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (advogado): _____
PERITO: _____

AUDIÊNCIA PRÉVIA
AÇÃO DE PROCEDIMENTO ESPECIAL
DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
AUTOS SOB Nº xxxxxx-xx.2014.4.03.6313
AUTOR: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

No dia *11 de julho de 2014*, às 14h00, na sala de audiências do Juizado Especial Federal de Franca/SP, sob a presidência do MM. Juiz Federal Substituto Dr. EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, foi aberta a audiência com as formalidades de estilo. Comparecerem o autor xxxxxxxxxxxxxxxx, patrocinado pelo advogado Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx, inscrito na OAB/SP sob nº xxxxxxxxxxxx, bem como o INSS, apresentado pelo Procurador Federal Dr. xxxxxxxxxxxx, inscrito na OAB/SP sob nº xxxxxxxxxxxx. Iniciados os trabalhos, a tentativa de conciliação restou infrutífera. Ficou claro que o deslinde da causa depende da realização de prova oral (depoimento pessoal do autor e oitiva de testemunhas a serem por ele trazidas). Por sugestão do juiz, as partes firmaram acordo de procedimento com pacto adjeto de calendarização, que restou homologado nos seguintes termos: a) o autor não mais juntará documentos; b) em audiência a realizar-se no dia *12 de agosto*

de 2014, às 14h00, neste mesmo local, o INSS entregará contestação (na qual não arguirá a incompetência deste juízo), será tomado o depoimento pessoal do autor e serão ouvidas suas testemunhas, que comparecerão independentemente de intimação; b) não haverá ensejo para réplica e alegações finais; c) a sentença será prolatada em audiência; d) havendo interesse recursal, na própria audiência serão oralmente apresentados embargos declaratórios, razões e contrarrazões de recurso inominado; d) na mesma audiência, o juiz decidirá sobre os efeitos do recurso e determinará a remessa dos autos à Turma Recursal. Saem os presentes intimados. Nada mais. Eu, xxxxxxxxxxxxxxxx, Analista Judiciária, RF sob nº xxxxxx, digitei.

MM. Juiz Federal Substituto: _____

Autor: _____

INSS: _____

Perceba-se que essas duas atas trazem casos de ampliação e de redução de prazos processuais. Nisso, estão elas em sintonia com os enunciados aprovados por unanimidade pela Plenária do II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, realizado nos dias 8 e 9 de novembro de 2013 em Salvador/BA.

De acordo com o Enunciado 19:

19. Art. 191. São admissíveis os seguintes negócios processuais bilaterais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo bilateral de ampliação de prazos das partes, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória. (Grupo: Negócio Processual)

Conforme o Enunciado 21:

21. Art. 191. São admissíveis os seguintes negócios plurilaterais, dentre outros: acordo para realização de sustentação

oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (Grupo: Negócio Processual)

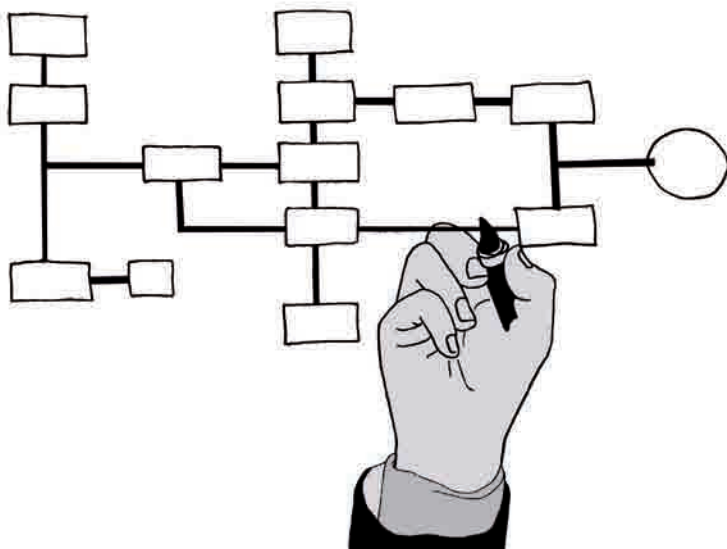
9. Calendarização em execução.

Até agora a figura da calendarização foi estudada como uma tabela temporal para o desenvolvimento da atividade *cognitiva*, especialmente das fases instrutória e decisória. Num calendário típico, os *timings* dizem respeito à prática de atos como oferecimento de contestação, tomada de depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas, juntada de documentos, apresentação de razões finais e prolação de sentença. Todavia, é plenamente possível a instituição de uma tabela temporal para a etapa de implantação prática de uma sentença condenatória de obrigação de fazer (obviamente, nos casos em que o condenado concorda em cumpri-la).²⁴ Ou seja, a técnica da calendarização é aplicável tanto a fases pré-sentenciais quanto a fases pós-sentenciais.

Na etapa de execução da tutela específica,²⁵ é possível que as partes celebrem um *cronograma de cumprimento voluntário*. Isso permitirá que juiz e autor promovam um controle individual ou conjunto do cumprimento das etapas do cronograma, *i.e.*, realizem o acompanhamento e o monitoramento

24 Só é possível em execução de obrigação de fazer (provisória ou definitiva), em que se pode negociar um cronograma de cumprimento de fases. Na execução por quantia certa, por exemplo, é possível calendarizar o procedimento dos embargos de devedor. Mas aí se está falando de calendarização de atividade cognitiva incidental.

25 O termo *execução* está em sentido impróprio, pois, aqui, o Estado-juiz não invade forçadamente a esfera jurídica do demandado. Ou seja, “execução” está como sinônimo de *efetivação*. Não se adota, portanto, a diferenciação entre “execução direta” e “execução indireta”. Para uma crítica a essa diferenciação: GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da “execução indireta”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 989-1000.



desse *timings* (*procedural timing controls*). Em execuções de obrigação de fazer mais complexas (e.g., implantação de políticas públicas em juízo), a supervisão *pari passu* do cumprimento das tarefas também pode ser realizada por *administrador* da confiança do juiz, ou indicado pelas partes (chamado pela doutrina estadunidense de *master*), sem que lhe sejam atribuídos poderes de intervenção no Poder Público, ou de gestão direta sobre a implantação da política. Com isso se percebe que, em execuções complexas prolongadas sob racionalidade cooperativa, a dinâmica do processo se assemelha muito a uma atividade *reguladora*: as cláusulas do acordo de calendarização definem os marcos regulatórios (*rule-making*) e os meios de fiscalização do cumprimento do cronograma (*monitoring*).²⁶

No acordo, é possível estipular-se: α) a incidência de multa penal pelo atraso no cumprimento de cada etapa do cronograma (ou seja, é possível a estipulação de sanções pelo descumprimento dos *timings*), sem prejuízo de multa diária em caso de expiração do prazo para o cumprimento total da obrigação de fazer; β) a incidência de multa

diária em caso de expiração do prazo para o cumprimento total da obrigação, sem incidir qualquer multa penal pelo atraso nos *timings*. Sem dúvida, a opção (β) é preferível: o que importa é o cumprimento *global* da obrigação. Ora, não raro, surgem imprevistos na execução das fases do cronograma. Assim, em face de caso fortuito ou força maior, pode o réu invocar a *teoria da imprevisão* e requerer a convocação de uma nova audiência para que se discuta a revisão do acordo e para que ele seja readequado às novas circunstâncias que dificultam o cumprimento da obrigação no tempo originariamente previsto.

Para que seja evitada a necessidade de revisão de todo um complexo cronograma já negociado, é possível – e, não raro, recomendável – que cada etapa seja objeto de uma rodada própria de negociação. Ou seja, é possível que, ao fim de cada etapa realizada, o juiz convoque as partes para uma negociação do passo subsequente. A esse agrupamento funcional de acordos dá-se o nome de *coligação de negócios jurídicos* (Orlando Gomes) ou *união interna de negócios jurídicos* (Pontes de Miranda): embora cada negócio tenha a sua identidade própria, eles têm os seus destinos ligados entre si. Essa técnica de várias negociações sucessivas revela-se adequada, por exemplo, para os casos de políticas públicas de implantação supercomplexa e demorada, já que permite ao juiz e às partes uma avaliação da gestão administrativa no cumprimento dos passos antecedentes, um reajustamento das expectativas e uma readequação das tarefas para as etapas posteriores. Num certo sentido, esse tipo fracionado de “execução cooperativa” aproxima-se mais da forma real como, na prática, as políticas públicas se concretizam extrajudicialmente, visto que a implantação costuma ser apresentada em *ciclos* (não em fases claramente discerníveis) e a avaliação é feita no curso da implantação (não ao final), o que acaba introduzindo novos elementos na agenda inicialmente concebida e fazendo com que ela seja continuamente reavaliada e adaptada à realização do objetivo. Daí por

26 Para um aprofundamento do assunto: COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, n. 212, out. 2012, p. 25-56.

que, aqui, a implantação voluntária da política pública não advirá da celebração de um *único* acordo, mas de *vários*, todos interligados por subordinação ou coordenação e pertencentes a uma unidade funcional complexa.

10. Conclusão.

Pôde-se ver ao longo deste pequeno artigo que a calendarização é uma técnica de aceleração processual (1) simples, (2) de baixo custo normativo e (3) de alta eficiência: *simples* porque se consubstancia num mero ato inaugural fundante, em que esteja previsto todo o cronograma do procedimento; *de baixo custo normativo*, pois não depende de lei para ser aplicada; *de alta eficiência*, visto que produz considerável celeridade eliminando os despachos de movimentação processual e as publicações na imprensa oficial. Técnicas como essa devem ser examinadas e aplicadas sem reticências, especialmente às vésperas

de um novo Código de Processo Civil, que constrói mega-equipamentos de aceleração de compreensão difícil, manuseio sofisticado e eficiência duvidosa. Porém, não se pode esperar outra postura de uma comunidade de juristas que ainda raciocina sob a trilogia *estrutural* jurisdição-ação-processo. Nos tempos confusos da hipercomplexidade social, o processo civil já deveria estar sendo trabalhado sob a trilogia *funcional* organização-celeridade-eficácia. Se isso já estivesse acontecendo no Brasil, talvez não fosse preciso um novo Código: bastaria que as normas do Código de Processo Civil de 1973 fossem inventivamente relidas e aplicadas sob uma mentalidade gerencial de cariz empírico-pragmático. Para muitos, ainda assim, tão só um novo Código teria condições de minimizar o déficit de eficiência jurisdicional. Nesse caso, para que tal déficit seja efetivamente superado, impõe-se uma inapagável condição de possibilidade: a profunda mudança de mentalidade dos operadores forenses.

Referências bibliográficas.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; DELFINO, Lúcio. O assessor judicial. In: FREIRE, Alexandre (Coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 547-556.

_____. Uma espectrografia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 171-186.

_____. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 82, abr./jun. 2013.

_____. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, n. 212, out. 2012.

_____. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 47-87.

_____. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, n. 121, mar. 2005.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da “execução indireta”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 989-1000.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Gerenciamento processual e demandas repetitivas. *Seminário demandas repetitivas e na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciário, 2013.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.

MOORE, Mark. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Trad. Xavier Castaner Folch. Barcelona: Paidós, 1998.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sentenças condicionais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 919-933.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXERA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, CÂMARA; Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____; _____. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010.

O dano moral nos atos administrativos do Instituto Nacional do Seguro Social



Eliana Rita Resende Maia

Juíza Federal Substituta da 3ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Fundamentação teórica. 3. Estado da arte. 3.1. A peculiaridade da compensação extrapatrimonial na seara da seguridade social. 3.2. Da responsabilidade estatal sobre os atos da autarquia previdenciária. 3.3. Da conceituação e delimitação do dano moral ou extrapatrimonial. 3.4. Dos critérios para o arbitramento do dano moral. 3.5. Do conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual para apreciar a pretensão de dano moral em face do INSS. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais.

A temática do dano moral em face dos atos administrativos da autarquia previdenciária (Instituto Nacional do Seguro Social) ganha relevo com a política de expansão da seguridade social, tal qual previsto com o advento da Emenda Constitucional nº 47/2005, que promoveu a alteração do artigo 201 da Constituição Federal. Na mesma sorte, buscando a maior integração ao RGPS, calha mencionar a edição da Lei nº 12.470/2011, a qual, por seu turno, prevê a contribuição social de 5% (cinco por cento) para o MEI (microempreendedor individual) e para o segurado facultativo sem renda própria, trabalhador doméstico, pertencente a família baixa renda.

O questionamento que aqui se apresenta tem como cenário a ampliação e a busca da universalização das prestações da seguridade em sua vertente previdenciária. Vale sublinhar, por oportuno, que tal propósito executa, a princípio, o compromisso constitucional nessa arena do direito social.

É certo que não se espera que a ampliação do sistema previdenciário aguarde o aperfeiçoamento completo do corpo administrativo, contudo, faz-se imprescindível examinar, de forma acurada, como tal estrutura administrativa tem prestado seus serviços para impedir que a ampliação se dê de forma insatisfatória ou contaminada pela proteção não suficiente dos direitos fundamentais.

Estamos a discutir, com efeito, as falhas na prestação do serviço público de previdên-

cia pública, notadamente no que se refere à negativa ilegal na concessão dos benefícios, na suspensão destes, nos descontos ilegítimos em benefícios e na omissão e na demora (não proporcional) na avaliação dos requerimentos, os quais, frequentemente, são quantificados no patamar mínimo de sobrevivência.

O objetivo, portanto, é retratar a discussão dos danos morais por atos do INSS sob a égide da Constituição Federal de 1988, pelo prisma jurisprudencial, com o fito de conferir importância à temática e também observar, de forma crítica, a existência de uniformidade e coerência entre as decisões dos diversos Tribunais Federais.

Cumpre, ao ensejo, retificar que a pretendida uniformidade, acima citada, volta-se ao estabelecimento da previsibilidade e segurança jurídica do ponto de vista do jurisdicionado, não descartando, por certo, a prerrogativa da independência funcional constitucionalmente estampada no Texto Maior.

Pertinente se faz, nesse passo, analisar as hipóteses em que nossos tribunais encampam ou rechaçam a pretensão de ressarcimento por dano moral. Outrossim, em complemento, serão analisados os aspectos procedimentais da questão posta, como a competência para apreciar o pedido, o valor da causa atribuído e, com destaque, os critérios apontados para a quantificação do dano extrapatrimonial.

2. Fundamentação teórica.

O ponto de partida para o enfrentamento da temática dos danos morais em face dos atos do INSS será o texto constitucional. Como cediço, na concepção contemporânea dos constitucionalistas, toda interpretação do Direito é uma interpretação constitucional, haja vista a supremacia principiológica e programática dos valores ali estampados.

Nesse vértice, à vista da interpretação uniforme dos dispositivos constitucionais,

impende realçar que o deferimento ou denegação das prestações da seguridade social devem estar amparados pela norma matriz dos direitos fundamentais: a dignidade humana e todos os demais valores que dela se originam. No caso em debate, ressalta-se, sob o ponto de vista axiológico, a importância da isonomia; da função social da propriedade; do compromisso de erradicação da pobreza e da marginalidade; do devido processo legal; do direito social à assistência aos desamparados e à previdência social – que serão materializados via universalização da cobertura e do atendimento da seguridade social.

Imperioso ainda fundamentar o tema a partir da exigência constitucional de conformação dos atos administrativos à diretriz da legalidade e da eficiência – com as especificações trazidas pela Lei nº 9.784/1999 – mormente na arena de uma administração gerencial, cujo serviço público há de se submeter ao crivo da avaliação periódica de qualidade. Há de se destacar que a qualidade no serviço público de seguridade social ganha relevo, porquanto as prestações ofertadas aos segurados e dependentes se prestam à proteção da vida.

3. Estado da arte.

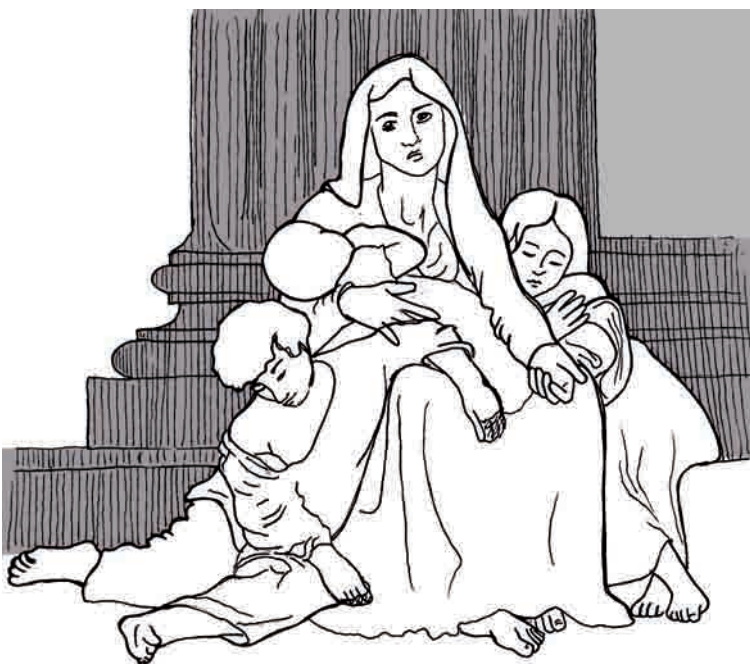
3.1. A peculiaridade da compensação extrapatrimonial na seara da seguridade social.

Na forma como indicado pela jurisprudência, a atuação administrativa equivocada, omissa ou procrastinatória em resposta aos pedidos de amparo assistencial ou previdenciário são potencialmente danosas, sob o aspecto do dano moral, porquanto, frequentemente, por intermédio dos requerimentos, apresenta-se um pedido de socorro material para se garantir a sobrevivência. É sabido que a maioria dos benefícios concedidos pelo INSS são fixados no patamar mínimo e estão a subsidiar as necessidades de famílias de baixa renda, em regra, numerosas.

(...) o Direito a Seguridade Social, fundamental para garantir e proporcionar as condições materiais mínimas para uma existência digna aos que se encontrem impossibilitados de obtê-la com as próprias forças. Presente no dia a dia dos cidadãos – talvez de modo oculto, por não oferecer nenhuma “vantagem” imediata aos que não necessitem de amparo – destaca-se, justamente, nos momentos críticos de suas vidas. E mesmo aqueles que, distantes do sistema previdenciário e do mercado de consumo, deficientes ou idosos, também merecerão ser assistidos.

Entretanto, o injusto desamparo é real. Gera transtornos, intensifica vulnerabilidades.¹

Assim, não é difícil visualizar o impacto negativo para a dignidade humana do interessado e de sua família na denegação, omissão ou suspensão irregular de tais benefícios.



1 POMPEU, Wandisa Loreto Edilberto. A proteção aos desamparados pela previdência social: a constitucionalização dos danos morais. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, ago. 2011, p. 209-210.

Não se está a exigir perfeição na prestação do serviço vinculado à seguridade social, contudo é imperioso destacar que a atuação da Administração Pública, nesta seara, maneja bens sensíveis, ligados à vida e à saúde do segurado ou necessitado, como no caso da assistência social. O incremento da exigência e controle de tais atos deve se pautar justamente nessa potencialidade lesiva que a atuação irregular pode desencadear.

A seguridade social – a qual incorpora o complexo cenário da saúde, da previdência social e da assistência social – não é filantropia ou caridade. Diversamente, constitui um direito social estampado no Texto Maior com contornos de direito fundamental, cuja efetividade está proporcionalmente ligada ao grau de realização do Estado Democrático de Direito.

Deveras, não se pode olvidar que, a par do dever constitucional de conceder os benefícios e amparar os necessitados, o INSS está submetido ao poder-dever de autotutela dos atos administrativos, especialmente pela vertente do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

Por outra perspectiva, entretanto, cabe salientar que a proteção aos bens estatais não pode ser efetivada em detrimento dos direitos sociais; tampouco a crise econômica – que assola a previdência e compromete a longevidade do sistema – pode se prestar como amparo para denegação ou sustação desenfreada de benefícios.

Sobre a temática da crise da previdência social, oportuno trazer à baila valorosa crítica:

A má gestão dos recursos é outro fator desencadeante e fomentador da crise. Durante muitos anos, o regime serviu para custear não os benefícios, nem formar o fundo de reserva que hoje estaria sustentando as políticas sociais: ao contrário, serviu para construir Brasília e outras obras públicas “faraônicas”.

Dilapidou-se assim o lastro existente no sistema que, segundo Stephanes, deveria ser de, no mínimo, seis meses de despesa. Além disso, a falta de controle efetivo sobre a concessão de benefícios acarretou os escândalos das famosas fraudes das décadas de 80 e 90, com a descoberta de verdadeiras quadrilhas de assaltantes do caixa dos fundos previdenciários, compostas por servidores do próprio órgão, advogados e magistrados. A gestão não profissional da Previdência, vale dizer, com cargos de direção sendo objeto e barganhas políticas e “cabides de emprego” para pessoal totalmente desqualificado, serviu para agravar o quadro e permitir o desajuste entre aportes e pagamentos. (CASTRO; LAZARRI, 2009, p. 642)²

3.2. Da responsabilidade estatal sobre os atos da autarquia previdenciária.

Em breve retrospecto, é de se pontuar que a disciplina da responsabilidade estatal, sob a égide da Constituição Federal, está orientada pela responsabilidade objetiva, cujo fundamento se dá na teoria do risco administrativo.

Como sedimentado pela evolução legislativa, atualmente a responsabilização do Estado pelos atos de seus agentes dispensa a comprovação da culpa, noutro falar: comprovação da desobediência ao dever objetivo de cuidado causando dano a interesse de outrem. Cabe ao interessado simplesmente comprovar o dano material ou moral e o nexo de causalidade entre aquele e a atuação do servidor na atribuição de seu dever funcional.

Esse visualizar – pelo prisma da responsabilidade objetiva – está diretamente relacionado à realização do princípio da isonomia, com explicado por Cavalieri Filho:

Constitui um aprimoramento das teorias anteriores, uma vez que confere eficácia jurídica aos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Isso porque “se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é que todos respondam pelo seus ônus, a serem custeados pelos impostos” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 222). Tal perspectiva impede que apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa.

(...)

Nesse contexto, afasta-se a necessidade da prova da culpa do agente público causador da lesão ao particular. Leciona José Cretella Junior (1991, p. 1019) que, enquanto a culpa vincula-se ao homem, ao seu espírito, sendo pessoal e subjetiva, o risco liga-se ao serviço, à empresa, ao aparelhamento, à coisa, sendo de caráter impessoal e objetivo.³

Materializando a responsabilidade objetiva, que dispensa a análise da culpa, colhe-se da jurisprudência do E. TRF3, os requisitos para a confirmação da responsabilidade estatal: o ato administrativo, o dano e o nexo causal:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. SEQUELAS CAUSADORAS DE INCAPACIDADE LABORATIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

1. A jurisprudência maciça do E. STJ é no sentido de que nos casos de dano causado pelo Estado, não se aplica o art. 159 do Código Civil, mas o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva do Estado. A 2ª Turma daquela Corte, no julgamento de hipótese análoga – responsabilidade civil do estado decorrente de ato danoso praticado por seus prepostos (Recurso

² *Apud* POMPEU, Wandisa Loreto Edilberto. A proteção aos desamparados pela previdência social: a constitucionalização dos danos morais. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, ago. 2011, p. 214.

³ *Ibidem*, p. 210-211.

Especial 433.514/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 21.02.2005). Supremo Tribunal Federal cristalizou a aplicação pacífica da teoria da responsabilidade objetiva da Administração, o que afasta qualquer discussão acerca da matéria (RE 217389 Relator Ministro Néri da Silveira).

2. A caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal; c) nexos causal: também denominado nexos de causalidade entre o fato administrativo e o dano. Ao Estado cabe provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexos de causalidade entre o fato e o dano. (...)

(TRF 3ª Região, Turma D – Judiciário em Dia, AC 0006156-67.1990.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira, j. 15/09/2011, e-DJF3 29/09/2011, sem destaques no original)

A responsabilidade objetiva pode ainda entrar em cena quando se vislumbrar um ato administrativo em descompasso com os padrões éticos de probidade e de boa-fé (art. 2º, IV, da Lei nº 9.784/1999 c/c o art. 187 do Código Civil), vale dizer: quando configurado o abuso do direito:

Em sede de responsabilidade civil objetiva, Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 10-11) leciona que “só tem guarida o ato ilícito lato sensu, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente”.

O Código Civil de 2002, no art. 187, conceitua o ato ilícito cujo sentido é mais abrangente por acolher dano oriundo de abuso de direito, ao dispor que “também

comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Judith Martins-Costa (2006) denomina os bons-costumes, a boa-fé e a finalidade econômica ou social do direito de “três balizas da licitude no exercício jurídico”, destacando a boa-fé objetiva como “a mais promissora para possibilitar um efetivo controle das condutas abusivas”.

“A expressão ‘abuso do direito’ recobre, na verdade, os variados casos de exercício jurídico inadmissível, indicando no hoje vigente Direito Brasileiro, forma de ilicitude civil, ilicitude objetiva a que se segue habitualmente – embora não forçosamente – eficácia indenizatória.” (MARTINS-COSTA, 2006)⁴

É aqui que iniciamos a discussão da aplicabilidade da responsabilidade objetiva também para os casos de omissão do agente público.

A rigor, manifesta-se parte da doutrina no sentido de que como a literalidade do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal traz a expressão: “danos que seus agentes *causarem* a terceiros”, o verbo “causar” indicaria uma ação positiva e não simplesmente uma omissão.

Todavia, o que se percebe nas manifestações jurisprudenciais – inclusive com amparo de parte da doutrina –, é que o ônus probatório imposto sobre a omissão estatal dificultaria sobremaneira a possibilidade de êxito do prejudicado, deixando, por vezes, ao desamparo uma pretensão legítima. Nesse rumo, aplicando-se a concepção de que o direito processual tem a incumbência de fazer implementar as especificidades do direito material e não ser um fim em si, há de se contemplar a inversão do ônus da prova. Com efeito,

4 POMPEU, Wandisa Loreto Edilberto. A proteção aos desamparados pela previdência social: a constitucionalização dos danos morais. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, ago. 2011, p. 221.

caberia à Administração Pública comprovar que a omissão inexistiu ou que, embora existente, justificava-se, ou foi involuntária, ou foi insuperável ou foi proporcional.

Corroborar o entendimento ora exposto o precedente do E. TRF3, ora reproduzido:

INDENIZATÓRIA. DANO MORAL E MATERIAL. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FRAUDE. VALOR DESCONTADO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. INSS. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Legitimidade passiva do INSS, um vez que a autora, ao perceber a ocorrência do desconto indevido, dirigiu-se à agência do INSS para obter informações e providências, sendo certo que, mesmo após o seu comparecimento, a autarquia não tomou qualquer providência no sentido de averiguar se o contrato feito em seu nome era legítimo, tendo, inclusive, permitido que mais uma parcela fosse descontada do seu benefício (fl. 32). Assim, descumpriu a autarquia a IN INSS/DC nº 121/05 (república da no DOU de 11/07/05 com alterações posteriores), que dispõe acerca do procedimento a ser adotado no caso de reclamação do beneficiário.

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

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

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

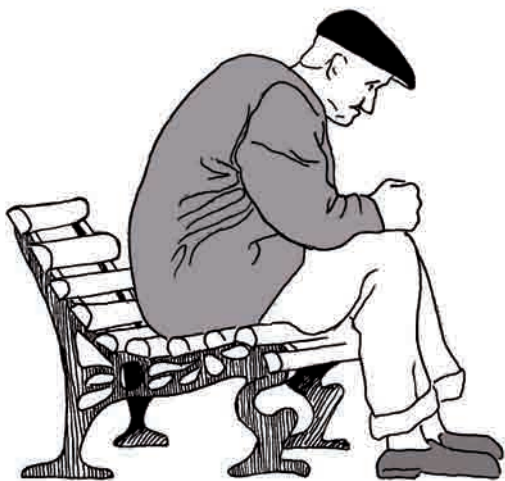
5. No caso em tela, caberia à autora comprovar a culpa do INSS, no sentido de não ter a referida autarquia se pautado dentro do determinado pela norma legal, no sentido de formalizar a reclamação realizada pela segurada na ouvidoria e solicitar da instituição financeira o envio da comprovação das informações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

6. *Trata-se da prova de fato negativo, de difícil, se não impossível, produção por parte do segurado, casos em que autoriza-se a inversão do ônus da prova, de modo que competiria ao INSS provar que agiu de acordo com o estabelecido na IN INSS/DC nº 121/05.* (TRF 3ª Região, Terceira Turma, AC 2006.61.83.008317-3/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 09/06/2011, e-DJF3 01/07/2011, sem destaques no original)

3.3. Da conceituação e delimitação do dano moral ou extrapatrimonial.

A especificação do conteúdo de um instituto é tarefa primacial em seu enfrentamento. No caso em apreço há uma dificuldade – inerente à Ciência Jurídica – de uniformidade e delimitação do conceito de dano moral. Há juristas que se posicionam no sentido de que o dano moral pressupõe um sentimento humano negativo, como a dor, a angústia ou o desconforto.

De outro vértice, outros advogam que o pressuposto seria a lesão à dignidade humana, a qual se manifestaria pela violação aos



valores tutelados pelos direitos fundamentais, como a honra, a imagem, a intimidade, a título de exemplo. Nesse último caso, estaria dispensada a comprovação de qualquer sofrimento, porquanto o simples fato retratado já repercutiria de forma danosa por si só – ou *in re ipsa* – lesionando o bem extrapatrimonial.

Na sequência, possível verificar abordagens diferenciadas sobre o dano moral, ora com o sentido de sofrimento, ora avaliado como ofensa a direito fundamental:

A configuração aponta a aparência, as características, a forma dele, é a “dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 80) (...)

“Ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos ‘dor’, ‘espanto’, ‘emoção’, ‘vergonha’, ‘aflição espiritual’, ‘desgosto’, ‘injúria física ou moral’, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, *confunde-se o dano com a sua (eventual) consequência*. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou

não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.” (MORAES, 2003, p. 131)⁵

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSS. DEMORA NO FORNECIMENTO DE PRÓTESE. INCONFIGURADO DANO.

- Trata-se de ação de rito ordinário, ajuizada em face do INSS, na qual objetiva indenização por danos morais, equivalentes a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), oriundos de sucessivas recusas e omissões do réu no fornecimento de sua prótese ortopédica.

- Improperável o recurso.

- Destarte, como cediço, a regra do § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, exige a presença cumulativa de requisitos mínimos, como a conduta comissiva, ou omissiva da Administração Pública, dano, que além de configurado, deve ser certo, atual, e subsistente, não sendo indenizável o hipotético, ou eventual, a par de presença de nexo etiológico entre aqueles, bem como que terceiro seja vulnerado, qual seja usuário de um serviço, e que inexistia preceito especial a normatizar a situação fático-jurígena.

- Na hipótese enfocada, como sinalado na decisão primária, cuja fundamentação, ora se incorpora, como razão de decidir, o dano se inconfigurou, para os fins almejados.

- Com efeito, quanto à configuração do dano moral, tem-se que no sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente de violação aos direitos de personalidade, dentre elas a intimidade,

5 POMPEU, Wandisa Loreto Edilberto. A proteção aos desamparados pela previdência social: a constitucionalização dos danos morais. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, ago. 2011, p. 225, sem destaques no original.

imagem, honra, e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pelas simples violação ao bem jurídico tutelado, anotando-se que o “mero dissabor” não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ele se dirige, pelo que mero aborrecimento, dissabor, mágoa irritação ou sensibilidade exacerbada, está fora da órbita do dano moral.

- Assim sendo, a meu juízo, além de ter-se indemonstrado qualquer conduta da parte ré, quer comissiva, quer omissiva, causadora de dano, este não se traduziu, no caso presente, por não haver lesão de molde a se alçar a questão ao plano do dano moral, apresentando-se, assim, como mero dissabor, que inautoriza qualquer pleito indenizatório, o que conduz, como corolário, a manutenção do decisor.

- Recurso desprovido.

(TRF 2ª Região, Oitava Turma Especializada, AC 2009.50.01.015992-6/RJ, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, j. 29/06/2011, e-DJF2 05/07/2011)

Apresentado o instituto, em largas pinceladas, cabe, por ora, averiguar as hipóteses de dano moral advindas da atuação irregular do agente administrativo da autarquia previdenciária, o INSS.

Das decisões judiciais coletadas para a estrutura desse trabalho, pode-se exemplificar algumas atuações irregulares do INSS: suspensão ilegítima dos benefícios, desconto indevido, denegação, extravio de documentos e demora injustificada para a apreciação do pedido administrativo.

Na doutrina colhem-se os seguintes exemplos:

Finalmente, é possível apontar outras hipóteses, isoladas, de danos a serem reparados e que costumam ser mais

comuns para as vítimas de decisões indevidas e injustificadas do INSS: retorno forçado ao trabalho; negação de verba de caráter alimentar; dificuldades financeiras para custear tratamento; danos ao bem-estar do grupo familiar, que se tenha visto injustamente privado de renda significativa para o seu sustento, etc.⁶

Dr. Wladimir Novaes Martinez elenca em seu livro “Dano moral no direito previdenciário”, exemplificativamente, os casos passíveis de reparação por dano moral, quais sejam: concessão tardia; falta de orientação; atendimento desatencioso; descumprimento de decisão; extravio de processo; recusa de protocolo; retenção de documentos; cerceamento da defesa, procrastinação da devolução de valores a restituir ou compensar; inobservância de Súmulas; má exegese das Leis; perícia equivocada; demora no encaminhamento de papéis pelo Brasil, em caso de Acordos Internacionais; transparência na complementação; lentidão na revisão; engano no cálculo; presunção de fraude; erro médico; indeferimento de CND; crimes previdenciários; greve pública; entidades beneficentes; inclusão no CADIN; excesso de exação; maus tratos ao idoso; suspensão e cancelamento de benefícios; anotações na CTPS; mora no seguro-desemprego; inércia do Poder Judiciário.⁷

Para uma abordagem ilustrativa, acima anunciada, reproduz-se alguns precedentes de destaque sobre a temática do reconhecimento do dano moral em face do INSS. Cabe sublinhar que, nesta seara, a decisão de segunda instância dos Tribunais Regionais

6 POMPEU, Wandisa Loreto Edilberto. A proteção aos desamparados pela previdência social: a constitucionalização dos danos morais. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, ago. 2011, p. 220.

7 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. Dano moral e direito previdenciário. In: *Anais do 19º Congresso Brasileiro de Previdência Social*. São Paulo: LTR, 2006, p. 29.

Federais é prevalente, à luz da restrição contida na Súmula nº 7 do STJ, vale especificar: “pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (destaques nossos):

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. *ALTA MÉDICA INDEVIDA. DANOS MORAIS DEVIDOS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. DIAGNÓSTICO DO INSS E CONCLUSÃO PELA CAPACIDADE EM CONTRADIÇÃO. FIXAÇÃO DE VALOR PROPORCIONAL.*

- Presentes os requisitos legais, é devida a concessão do benefício aposentadoria por invalidez a contar do dia seguinte à cessação do auxílio-doença, conforme atestado pelo perito judicial.

- Incidem sobre as parcelas devidas juros de mora e correção monetária nos termos em que consignados no acórdão.

- *A obrigação de reparação do dano moral só é admitida em casos excepcionais.* Caso em que a conclusão pela capacidade laborativa estava em contradição com o diagnóstico apontado pelo perito.

- Valores fixados sob critério da razoabilidade e proporcionalidade. Redução do valor fixado na sentença recorrida (...). (TRF 3ª Região, Décima Turma, Apel-Reex 2009.61.05.002574-4/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Marisa Cucio, j. 08/02/2011, e-DJF3 16/02/2011)

CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. *AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. DANO MORAL CARACTERIZADO. NEXO DE CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, NÃO PROVIDAS.*

1. *A conduta do INSS de suspender o pagamento do auxílio-doença até que o autor fosse submetido a nova perícia médica que autorizasse a prorrogação do benefício, somente designada para quase dois meses após a data limite do benefício fixada na perícia anterior,*

ocasionou constrangimentos e sofrimentos ao autor caracterizadores do dano moral e, por conseguinte, surge para o INSS a obrigação de indenizar.

2. O valor da indenização fixado em R\$ 2.470,00 (dois mil, quatrocentos e setenta reais) guarda proporcionalidade com a situação aflitiva imposta ao autor com a supressão do pagamento do auxílio-doença, tendo em vista a imprescindibilidade do benefício para assegurar a manutenção das suas necessidades vitais básicas.

(TRF 1ª Região, Primeira Turma, AC 2006.38.12.007652-0/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, j. 02/06/2008, e-DJF1 19/08/2008)

PREVIDENCIÁRIO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL TOTAL E DEFINITIVA CONSTATA POR PROVA PERICIAL. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. *SUSPENSÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DANO MORAL CARACTERIZADO. NEXO DE CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.*

1. Comprovada, por perícia médica oficial, que o autor se encontrava total e definitivamente incapacitado para o trabalho no momento da cessação do benefício de auxílio-doença, aos 09.01.2000, em cuja ocasião ele ostentava a qualidade de segurado da Previdência Social, é de lhe ser reconhecido o direito ao benefício de aposentadoria por invalidez desde então, conforme determinado na sentença.

2. A conduta do INSS de suspender o pagamento do auxílio-doença do autor, quando ele ainda se encontrava incapacitado para o trabalho, ocasionou-lhe constrangimentos e sofrimentos caracterizadores do dano moral e, por conseguinte, surgiu para o causador do

dano a obrigação de indenizar.

3. O valor da indenização, reduzido para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), guarda proporcionalidade com a situação aflitiva imposta ao autor com a supressão do pagamento do auxílio-doença, mesmo considerando a imprescindibilidade do benefício para assegurar a manutenção das suas necessidades vitais básicas. (...) (TRF 1ª Região, Primeira Turma, AC 2004.38.00.007323-2/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, j. 27/08/2008, e-DJF1 16/12/2008)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PEDIDO IMPRECISO. REPARAÇÃO DE DANOS. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. INCAPACIDADE LABORAL DEFINITIVA. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. APTIDÃO PARA O TRABALHO APÓS 12 ANOS DE INATIVIDADE. EXAME *CUM GRANO SALIS*. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À ATIVIDADE DO AUTOR. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO *A QUO*. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...).

6. *Para o cancelamento da aposentadoria por invalidez é indispensável a comprovação de que o beneficiário recuperou a capacidade para o trabalho (art. 47), o que não foi feito, no caso em apreço.*

7. É devido o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez ao autor, sendo certo que os prejuízos suportados por ele devem ser reparados mediante o pagamento dos valores em atraso, corrigidos monetariamente, descontados os pagamentos efetuados na via administrativa pelo réu, a título de aposentadoria por tempo de contribuição.

8. Cabível, também, a condenação em danos morais que arbitro em R\$

10.000,00 (dez mil reais).

(...)

11. Apelação parcialmente provida. (TRF 1ª Região, Terceira Turma Suplementar, AC 2004.01.99.003739-1/MG, Relatora Juíza Federal Convocada Adverci Rates Mendes de Abreu, j. 03/08/2011, e-DJF1 21/09/2011)

PREVIDENCIÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – DANO MORAL – DEMORA INJUSTIFICADA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO – QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A condenação imposta ao INSS foi consequência do longo período que transcorreu entre a data de requerimento do benefício (22/05/97) e o início do efetivo pagamento que se deu em agosto de 2007, ou seja, após mais de 10 (dez) anos do requerimento administrativo indevidamente indeferido pela autarquia previdenciária. O autor só teve o reconhecimento de seu direito à percepção do benefício após a interposição de recurso administrativo que demorou muito a ser julgado. Depois de longa espera, o INSS reconheceu que o segurado já fazia jus ao benefício desde quando o requereu, tanto que o implantou com DIB em 22/05/1997 (fl. 244). Como bem ressaltado pela sentença de piso a demora injustificada na concessão do benefício empenha a responsabilidade civil do Poder Público e o segurado não pode ser penalizado com tão longa espera, já que o mesmo não contribuiu para que ela acontecesse. Nesse passo, restam evidentes o transtorno e o abalo sofridos pelo Autor, ficando desprovido do recebimento de seu benefício, frise-se, de natureza alimentar.

II - A fixação do *quantum* relativo ao dano moral deve levar em conta seu duplo caráter, compensatório e punitivo. Nesse aspecto, entendo razoável e proporcional às circunstâncias do caso concreto o valor de R\$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais), equivalente a

10 salários-mínimos à época, conforme fixado na sentença de piso, razão pela qual não merece reforma.

III - Embargos de Declaração parcialmente providos para sanar a omissão apontada, sem contudo atribuir efeitos infringentes ao julgado.

(TRF 2ª Região, Primeira Turma Especializada, ApelReex 2009.51.01.808206-4/RJ, Relator Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 29/03/2011, e-DJF2 08/04/2011)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CESSAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PEDIDO DE ATRASADOS E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPETÊNCIA DAS VARAS ESPECIALIZADAS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. INCAPACIDADE COMPROVADA NO PERÍODO EM QUE O BENEFÍCIO ESTEVE SUSPENSO. DANO MORAL CARACTERIZADO NA ESPÉCIE. APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDA E RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

I- Trata-se de pedido de condenação do INSS ao pagamento das prestações mensais referentes ao *benefício de auxílio doença indevidamente cancelado*, no período de 01/12/2007 a 31/01/2009, interstício compreendido entre a cessação do auxílio doença NB 521.845.330-3 e a concessão do auxílio doença NB 534.317.678-6, bem como de pagamento de indenização por danos morais.

(...)

VI- Assim, inequívoca a cessação injustificada e, portanto, indevida do auxílio doença nº 521.845.330-3, sendo evidente que o lapso temporal de mais de um ano sem receber o benefício, de caráter alimentar, que era, portanto, a sua única fonte de renda, pois incapaz de retornar ao labor, inegavelmente gera abalo considerável na esfera moral do indivíduo, que tem na renda não só a fonte de seu sustento, mas o elemento fundamental para a preservação de sua dignidade.

VII- Indenização, a título de dano moral, fixada no valor de R\$ 5.000,00 (cinco

mil reais), visando reparar o dano perpetrado e dar ensejo ao caráter pedagógico da medida, sem, contudo, promover o enriquecimento sem causa da vítima. VIII- Recurso de apelação do INSS desprovido e recurso do autor provido. (TRF 2ª Região, Primeira Turma Especializada, AC 2009.51.01.802249-3/RJ, Relator Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 29/03/2011, e-DJF2 08/04/2011)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. INSS. PEDIDO DE APOSENTADORIA. *EXTRAVIO DA CTPS. VIOLAÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICO-PSÍQUICA DO AUTOR. COMPROVAÇÃO. NEXO CAUSAL. EXCLUDENTES NÃO DEMONSTRADAS. DANO MORAL CARACTERIZADO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDIMENSIONAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. ENUNCIADOS 54 E 362 DA SÚMULA DO STJ. TERMO A QUO. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.*

(...)

2. O extravio dos documentos na guarda do INSS deu causa à violação da integridade físico-psíquica do apelante, fato reconhecido pela própria chefe da agência Marechal Floriano e demonstrado pela prova produzida, tendo restado caracterizado o dano moral.

3. A alegada *prova do prejuízo restou comprovada, seja pelos transtornos suportados pelo apelante com a contratação de advogado para defesa de seus direitos junto à Autarquia Previdenciária, que culminou com a representação apresentada junto à Procuradoria da República, conforme ofício anexado, seja pelo agravamento do estado de saúde do apelante que já se apresentava debilitada, conforme se depreende dos documentos apresentados, que não foram impugnados em momento algum pela parte ré.*

4. Ainda que assim não fosse, a situação jurídico-material titularizada pela parte autora restaria incólume, tendo

em vista que se cuida de hipótese que independe de comprovação de abalo a bem jurídico extrapatrimonial, por se cuidar de extravio de documento que se revela de suma importância para qualquer trabalhador, em que toda a vida laboral encontra registro no documento em questão, indispensável a fazer prova de seus direitos trabalhistas e previdenciários.

5. Provado o fato imputável à Administração, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e este último, e não havendo sido carreado aos autos elementos mínimos de convicção da existência de excludentes do nexo causal, não há como acolher as alegações apresentadas pelo INSS, porque desprovidas de suporte fático probatório.

6. No que toca ao redimensionamento do *quantum* fixado, à luz da orientação doutrinária e jurisprudencial, e na esteira do posicionamento manifestado pelo MPF, do qual compartilho, faz-se imperiosa a majoração para o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tendo em vista o contexto fático probatório presente nos autos, em especial o agravamento do estado de saúde do autor da ação, que à época já se encontrava abalada.

(...)

8. Apelação da parte autora conhecida e parcialmente provida. Apelo do INSS conhecido e desprovido.

(TRF 2ª Região, Sétima Turma Especializada, AC 2009.51.01.019805-3/RJ, Relator Desembargador Federal Jose Antonio Lisboa Neiva, j. 14/09/2011, e-DJF2 23/09/2011)

PREVIDENCIÁRIO. CESSAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR IDADE. ERRO IMPUTÁVEL AOS SERVIDORES DO INSS E DA UNIÃO FEDERAL. DANO MORAL CONFIGURADO NA ESPÉCIE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A aposentadoria da autora foi cessada como uma suposta condição para a obtenção de pensão como filha de vete-

rano da Revolução Acreana (benefício previsto no art. 1º da Lei nº 3.951/61).

II – Por ocasião do requerimento administrativo do benefício, o servidor público da União condicionou a concessão da pensão a que a autora renunciasse à aposentadoria por velhice mantida pelo INSS, pois, segundo a conclusão equivocada do servidor, a segurada não poderia obter a pensão se possuísse “meios de subsistência”, requisito não exigido pela legislação de regência.

III – Embora a União houvesse concluído pela possibilidade de cumulação dos benefícios, nada foi feito para que se corrigisse a atuação desastrosa que resultou no cancelamento da aposentadoria da autora. Ao contrário, *de forma inexplicável, foi simplesmente determinado o arquivamento do processo “por tempo indeterminado” (fl. 396).*

IV – Assim, *dadas as circunstâncias do caso e, em especial, a idade avançada da autora, que foi privada de seus proventos de aposentadoria por mais de quatro anos, por mera displicência dos agentes administrativos que deveriam zelar por seus interesses, há que se reconhecer a existência de danos morais impingidos por ambos os réus, que deverão reparar o mal causado.*

(...)

VII – Agravo interno desprovido.

(TRF 2ª Região, Primeira Turma Especializada, ApelReex 2008.51.01.803129-5/RJ, Relator Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 26/10/2010, e-DJF2 17/11/2010)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. DANO MORAL. FIXAÇÃO. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A autora ficou desprovida do seu benefício, o qual, diga-se de passagem, é de natureza alimentar, durante 3 (três) anos devido à má prestação do serviço público e a violação ao princípio constitucional da eficiência do serviço público (artigo 37, caput, CRFB), sendo

forçoso reconhecer que houve lapso significativo entre a data do óbito e o efetivo pagamento do benefício, tempo este (3 anos) que supera o limite do razoável, ainda que seja considerada a rotina burocrática e administrativa dos entes públicos. Cabível, portanto, a condenação da Autarquia em danos morais.

- O *quantum* indenizatório foi fixado de forma razoável e proporcional, consubstanciando o valor de 1 (hum) salário-mínimo por mês de atraso na concessão do benefício (considerando o seu valor vigente à época do evento mora), que é o mínimo necessário para a sobrevivência da pessoa, tendo sempre como parâmetro o caráter compensatório, punitivo e pedagógico dos danos morais, na medida em que deve o INSS adotar todas as cautelas possíveis e devidas no processamento eficiente dos benefícios, mediante capacitação e especialização dos seus profissionais.

- Agravo interno não provido.

(TRF 2ª Região, Segunda Turma Especializada, ApelReex 2008.51.01.802817-0/RJ, Relator Desembargador Federal Messod Azulay Neto, j. 25/05/2011, e-DJF2 03/06/2011)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A decisão agravada apreciou a preliminar aduzida de incompetência absoluta do Juízo *a quo*, afastando-a, de pronto, uma vez que a parte autora formulou pedidos cumulativos de manutenção do auxílio-doença e de indenização por danos morais pela suspensão indevida de benefício de cunho substitutivo da remuneração, o que determina a competência do Juízo especializado em Direito Previdenciário. Precedente desta Eg. Corte.

- Igualmente esposou a decisão agravada acerca do pedido de indenização por danos morais, aplicando o artigo 37, § 6º, da CRFB/88, no tocante à responsabili-

dade civil objetiva do Estado, segundo a qual basta a comprovação do fato, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, sendo despicienda aferição da culpa.

- Foi elaborado minucioso relatório acerca dos acontecimentos que ensejaram a *inequívoca cessação injustificada, portanto, indevida do benefício do auxílio-doença. Fundamentou o decisum no sentido de que privar o autor da sua remuneração e posteriormente reconhecer a permanência da incapacidade para o trabalho e conceder o benefício é conduta no mínimo contraditória que demonstra o desrespeito para com o segurado e com a sua dignidade humana, inclusive, porque a cassação do benefício só poderia vir a agravar a situação da sua enfermidade.*

- *Concluiu que são evidentes os transtornos, a dor e o abalo sofridos pelo autor com a cassação do benefício que, frise-se mais uma vez, é de natureza alimentar, durante quase seis meses e, provavelmente única fonte de renda, obrigando-o a sujeitar-se à via judicial com os percalços e vicissitudes inerentes para pleitear o seu direito que foi, posteriormente, reconhecido administrativamente e judicialmente pela própria autarquia.*

- Por fim, arrematou a questão, concluindo pela existência de dano moral reparável, considerando, inclusive, a sua presunção *hominis* ou *facti*, isto é, independentemente de prova específica.

- Quanto à fixação do *quantum* indenizatório, considerando as peculiaridades do caso, foi reputada como razoável a condenação do INSS no pagamento de quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, tendo como parâmetro o seu caráter compensatório e punitivo, mantendo, por conseguinte, a sentença.

- A decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, devendo ser ressaltado que inexistente qualquer novidade nas razões recursais que ensejasse modificação nos seus fun-

damentos, uma vez que a agravante se limita a repetir os fundamentos outrora aduzidos e combatidos.

- Agravo interno não provido.

(TRF 2ª Região, Segunda Turma Especializada, AC 2007.51.51.003972-1/RJ, Relator Desembargador Federal Messod Azulay Neto, j. 30/04/2009, e-DJF2 18/05/2009)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APTIDÃO PARA O TRABALHO ATESTADA PELA PERÍCIA MÉDICA DO INSS. ACIDENTE VASCULAR ENCEFÁLICO POUCOS DIAS APÓS O RETORNO ÀS ATIVIDADES LABORATIVAS. DEMONSTRAÇÃO DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – A conduta do perito da autarquia previdenciária em atestar ausência de incapacidade do autor na ocasião da perícia ao qual o mesmo fora submetido em 10/11/2006 (fl. 38) acarretou-lhe sérios danos, como o de ter voltado ao seu trabalho doente, sem condições físicas para tanto, vindo a sofrer, treze dias após a realização do referido exame, acidente vascular encefálico, conforme comprova o documento de fl. 40, fato este que ensejou a sua invalidez;

II – *Não se está aqui afirmando nexo de causalidade entre o AVE e a doença anterior que o autor sofria, mas sim liame entre a atividade estatal de não concessão do auxílio-doença e o retorno do segurado ao trabalho sem condições físicas para tanto, conforme afirmado pela perita da própria ré em seu laudo de fls. 57/58 dos autos do processo nº 2007.51.66.000319-7;*

III – Restaram demonstrados os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, quais sejam, a existência de dano e o nexo de causalidade, a criar, para seu causador, o INSS, o dever de indenizar os constrangimentos morais e desgastes físicos, mentais e emocionais que o demandante sofreu como reconhecido no *decisum a quo*;

IV – Agravo interno desprovido.

(TRF 2ª Região, Primeira Turma Especializada, AC 2007.51.16.000402-4/RJ, Relator Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 18/08/2009, e-DJF2 18/09/2009)

PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO INTERNO - PENSÃO POR MORTE - VALOR PROBATÓRIO DA CTPS - DANO MORAL.

(...)

4. No tocante ao dano moral, a decisão agravada também não merece reparo, pois entendo que a autarquia agiu com desídia ao indeferir o requerimento administrativo. A autora apresentou a CTPS anotada naquela ocasião, e este documento foi desprezado pelo INSS sem qualquer justificativa plausível.

5. Agravo Interno conhecido, mas não provido.

(TRF 2ª Região, Primeira Turma Especializada, ApelReex 2007.51.15.000606-1/RJ, Relatora Juíza Federal Convocada Adriana Alves Dos Santos Cruz, j. 26/01/2011, e-DJF2 04/02/2011)

EMBARGOS INFRINGENTES. DESCONTO INDEVIDO. DANO MORAL CONFIGURADO.

No caso em exame, restou configurado o dano moral causado ao autor, em face dos descontos indevidos realizados pelo INSS em seu benefício previdenciário. (TRF 4ª Região, Segunda Seção, EINF 2007.71.11.001727-3/RS, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, j. 11/03/2010, e-DJF4 23/03/2010)

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSS. REVISÃO ADMINISTRATIVA DE BENEFÍCIO. ENVIO DE NOTIFICAÇÃO A ENDEREÇO INCORRETO. FALHA DA ADMINISTRAÇÃO. SUSPENSÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I - É certo que agiu a autarquia previdenciária em estrito cumprimento do dever legal, uma vez que é incumbência do INSS proceder a revisão dos benefícios previdenciários concedidos, para fins de verificar a regularidade de sua concessão e acaso verificada algum indício de irregularidade, notificar o beneficiário para que preste os pertinentes esclarecimentos. *Porém, ocorreu falha por parte da administração pública, que enviou notificação ao beneficiário em endereço incorreto, fato este que impediu que o autor pudesse defender-se no procedimento administrativo que deu ensejo à suspensão de seu benefício previdenciário.*

II - Não há, *in casu*, qualquer parcela de responsabilidade a ser atribuída ao autor; a falha partiu da administração pública, que possuía o endereço correto do autor – constante do procedimento administrativo concessório do benefício – e enviou correspondência a endereço distinto.

III - A suspensão indevida do benefício, reconhecida pela própria autarquia previdenciária, sem que fosse facultado ao autor o exercício do contraditório e da ampla defesa, por falha no envio da notificação, atribuída exclusivamente ao INSS, perfaz o conceito de ato ilícito necessário ao dever de indenizar.

IV - Considerando as provas carreadas aos autos, assim como os fatos descritos, penso que o valor arbitrado pelo juízo de origem R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de reparação ao patrimônio imaterial do autor-apelado exsurge razoável e não se revela desproporcional ao ponto de caracterizar enriquecimento ilícito.

V - Apelação não provida.

(TRF 5ª Região, Quarta Turma, AC 2009.82.00.001306-8/PB, Relator Desembargador Federal Edílson Nobre, j. 31/05/2011, e-DJF5 09/06/2011)

Diversamente do que foi retratado acima, o agrupamento de decisões judiciais exemplificativas que doravante se transcreve diz respeito ao não reconhecimento do dano extrapatrimonial.

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL - EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES OU PERIGOSOS CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. DECRETOS Nº 53.831/64, 83.080/79 E 2.172/97. RUÍDO MÉDIO SUPERIOR A 80 DECIBÉIS ATÉ 05/03/97, SUPERIOR A 90 DECIBÉIS DESTA DATA ATÉ 18/11/2003, E SUPERIOR A 85 DECIBÉIS A PARTIR DE ENTÃO. POSSIBILIDADE DE CONTAGEM DIFERENCIADA. ENUNCIADO AGU Nº 29, DE 9 DE JUNHO DE 2008. ART. 3º DA EC Nº 20/98. UTILIZAÇÃO DE EPI. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL. DANO MORAL. INEXISTENTE.

(...).

12. *Em face da improcedência do pedido no tocante ao pedido de aposentadoria, não há que se falar em indenização por danos morais pelo fato da Autarquia Previdenciária ter indeferido o pedido. E ainda que assim não fosse, o indeferimento administrativo do pedido de aposentadoria, por si só, não é apto a configurar o dano moral pleiteado.*
13. Apelações e Remessa oficial não providas.

(TRF 1ª Região, Segunda Turma, AC 2007.01.99.021402-0/MG, Relator Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, j. 27/07/2011, e-DJF1 25/08/2011)

PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS. FALTA DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RESTABELECIMENTO DOS BENEFÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO.

1 - É dever do INSS rever a concessão de benefícios previamente concedidos. Não tem a autarquia, entretanto, o direito de suspender benefícios com violação das garantias constitucionais.

2 - *Na há que se falar em danos morais causados à autora, em decorrência de ter respondido a processo penal, na medida em que é de responsabilidade da Administração, que não agiu com dolo ou culpa, levar a conhecimento da autoridade policial os indícios de eventual prática delitiva. “A simples abertura de inquérito policial não constituiu dano moral a ensejar indenização, pois o agente público agiu no cumprimento de dever de ofício que lhe é imposto pela legislação de referência (CP. Art. 142, III, parágrafo único)” (AC1999.38.00.030144-9/MG).*

(...)

6 - *Apelação parcialmente provida. Sentença reformada.*

(TRF 1ª Região, Segunda Turma, AC 2006.39.04.002288-2/PA, Relatora Juíza Federal Convocada Rogéria Maria Castro Debelli, j. 19/10/2009, e-DJF1 04/12/2009)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PRESENTES. INTERPRETAÇÃO INTEGRATIVA DO LAUDO PERICIAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. PARCELAS EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. CUSTAS NA JUSTIÇA ESTADUAL.

(...)

7. *Indevida a condenação em danos morais, vez que não se logrou demonstrar a ocorrência de dor, humilhação ou angústia, ônus da parte requerente. Ademais, o desconforto gerado pela suspensão indevida do benefício previdenciário será compensada pelo pagamento das parcelas que a apelante deixou de receber, acrescidas de correção monetária e juros de mora.*

(...)

10. *Recurso de apelação da parte autora parcialmente provido.*

(TRF 1ª Região, Segunda Turma Suplementar, AC 2005.01.99.019694-6/MG, Relatora Juíza Federal Convocada Rogéria

Castro Debelli, j. 31/03/2011, e-DJF1 04/05/2011)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIOS. RESTABELECIMENTO NA ESFERA JUDICIAL. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA.

1. *A Administração não pode ser tolhida de apurar eventuais irregularidades que ocorrem na concessão de benefícios previdenciários, mesmo que acarretem, eventualmente, suspensões ou cancelamentos indevidos.*

2. *Registre-se que a própria apelante destacou em suas razões de apelo que conseguiu o restabelecimento apenas em grau recursal, o que demonstra que o ato não foi abusivo.*

3. *A suspensão do benefício previdenciário do autor se deu em função de suspeita de fraude, ainda que descartada, motivo pelo qual não existe causa efetiva para o dano moral (TRF2, AC 200851010223201, 6ª Turma Especializada, rel. Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, DJ 14/10/2010).*

4. *Remessa necessária não conhecida. Apelação conhecida e desprovida.*

(TRF 2ª Região, Sétima Turma Especializada, ApelReex 2010.51.01.803083-2/RJ, Relator Desembargador Federal Jose Antonio Lisboa Neiva, j. 25/05/2011, e-DJF2 02/06/2011)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. CONCESSÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA.

(...)

5. *O tão-só fato de um benefício previdenciário não ter sido deferido administrativamente não caracteriza de plano a ocorrência de situação humilhante, vexatória ou que cause algum distúrbio psíquico mais sério a ponto de gerar o malsinado dano moral. Ao contrário, aproxima-se mais da situação descrita pela doutrina como parte dos meros dissabores do cotidiano, principalmente no dia-a-dia forense. Como não*

há prova no sentido da caracterização do alegado dano moral, é impossível o acolhimento de tal pedido com base em mera alegação.

6. Remessa necessária parcialmente provida para explicitar que as parcelas vencidas devem ser pagas, acrescidas de correção monetária, segundo os critérios da Lei nº 6.899/81, cujos índices são adotados pela Justiça Federal, na forma do Manual previsto na Resolução nº 561/07, de 02/07/07, do Conselho da Justiça Federal, bem como para excluir a condenação em danos morais e apelação improvida.

(TRF 2ª Região, Segunda Turma Especializada, ApelReex 2008.51.01.801661-0/RJ, Relatora Desembargadora Federal Liliane Roriz, j. 27/10/2010, e-DJF2 10/11/2010)

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. SUSPENSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO RECONHECIDA EM OUTRO PROCESSO.

1. *Consoante jurisprudência desta Corte, nem todo aborrecimento ou falha administrativa justificam a condenação ao pagamento por danos morais, se não existe lesão efetiva à dignidade da pessoa humana.*

2. *A suspensão do benefício previdenciário do autor se deu em função de suspeita de fraude, ainda que descartada, motivo pelo qual não existe causa efetiva para o dano moral.*

3. Apelação provida. Sentença reformada.

(TRF 2ª Região, Sexta Turma Especializada, AC 2008.51.01.022320-1/RJ, Relator Desembargador Federal Frederico Gueiros, j. 27/09/2010, e-DJF2 14/10/2010)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DISCUSSÃO SOBRE A INCAPACIDADE LABORATIVA. LAUDO PERICIAL. DEFICIÊNCIA COMPROVADA. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

INOCORRÊNCIA.

(...)

5. *Não se há falar de indenização por dano moral, ante a ausência de comprovação de constrangimento ou desconforto que o ensejasse, configurando, por outro lado, a indenização por dano material, o próprio restabelecimento do benefício, com efeitos retroativos desde a data da indevida suspensão;*

6. Apelação improvida e remessa oficial parcialmente provida. Recurso adesivo improvido.

(TRF 5ª Região, Terceira Turma, AC 2009.83.00.008769-8/PE, Relator Desembargador Federal Frederico Dantas, j. 09/09/2010, e-DJF5 14/09/2010)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO - LEGALIDADE - NEXO CAUSAL AFASTADO - DANOS MORAIS NÃO VERIFICADOS.

1. Eventual rejeição de pedido de concessão de benefício previdenciário insere-se no âmbito das atribuições do INSS, não havendo ilicitude nesse comportamento. Nexo causal afastado.

2. *O dano moral não é o padecimento, a aflição, a angústia experimentada, mas as consequências na esfera jurídica do ofendido. Mera alegação de ter havido prejuízos de ordem moral não impõem condenação em danos morais.*

3. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, Terceira Turma, AC 2001.61.20.007604-2/SP, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 17/03/2011, e-DJF3 23/03/2011)

3.4. Dos critérios para o arbitramento do dano moral.

A par da delimitação do dano moral, imperativo registrar que também a sua quantificação é permeada de divergências, posto que não há uniformidade de critérios ou homogeneidade na definição de um parâmetro monetário estanque que seja suficiente para

se reparar a lesão ao direito da personalidade.

É sabido que a falta de uniformidade na fixação da indenização civil extrapatrimonial é motivo de debates jurídicos sem solução. De toda sorte, é possível rechaçar, de plano, toda tentativa de padronização, de tabelamento, ou de imposição de critérios matemáticos às reparações, posto que, a despeito da necessária razoabilidade e sintonia entre as decisões judiciais – em homenagem à previsibilidade e à segurança jurídica – é inoperante a elaboração de um parâmetro fechado de arbitramento para o dano moral. É de se apregoar que o caso concreto e suas peculiaridades irão delinear a fixação do montante.

Exemplo emblemático dessa polêmica foi noticiado no *site* do Superior Tribunal de Justiça que, em 17 de setembro de 2009, publicou retificação sobre a matéria “STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais”. A intenção manifestada era a de se afastar a conclusão de tabelamento dos danos morais:

Esclarecimento sobre tabela de precedentes de dano moral

Com relação à tabela da notícia “STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais”, publicada no dia 13 de setembro de 2009, cabe esclarecer que se trata de material exclusivamente jornalístico, desenvolvido com o objetivo de facilitar o acesso aos leitores a um número maior de precedentes do STJ, além daqueles citados no corpo da notícia. A tabela publicada é meramente ilustrativa e os dados referem-se exclusivamente aos processos listados, ressaltando que os valores são referentes exclusivamente aos respectivos processos, uma vez que cada caso é um caso.⁸

O comunicado acima transcrito refere-se a seguinte notícia:

ESPECIAL 13/09/2009

STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais

Por muitos anos, uma dúvida pairou sobre o Judiciário e retardou o acesso de vítimas à reparação por danos morais: é possível quantificar financeiramente uma dor emocional ou um aborrecimento? A Constituição de 1988 bateu o martelo e garantiu o direito à indenização por dano moral. Desde então, magistrados de todo o país somam, dividem e multiplicam para chegar a um padrão no arbitramento das indenizações. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem a palavra final para esses casos e, ainda que não haja uniformidade entre os órgãos julgadores, está em busca de parâmetros para readequar as indenizações.

O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ sob a ótica de atender uma dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida. Como é vedado ao Tribunal reapreciar fatos e provas e interpretar cláusulas contratuais, o STJ apenas altera os valores de indenizações fixados nas instâncias locais quando se trata de quantia irrisória ou exagerada. A dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento se reflete na quantidade de processos que chegam ao STJ para debater o tema. Em 2008, foram 11.369 processos que, de alguma forma, debatiam dano moral. O número é crescente desde a década de 1990 e, nos últimos 10 anos, somou 67 mil processos só no Tribunal Superior. O ministro do STJ Luis Felipe Salomão, integrante da Quarta Turma e da Segunda Seção, é defensor de uma reforma legal em relação ao sistema recursal, para que, nas causas em que a condenação não ultrapasse 40 salários mínimos (por analogia, a alçada dos Juizados Especiais), seja impedido o recurso ao STJ. “A lei processual deveria vedar expressamente

8 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%A9Altimas/Esclarecimento-sobre-tabela-de-precedentes-de-dano-moral>. Acesso em: 10 jul. 2015.

os recursos ao STJ. Permitti-los é uma distorção em desprestígio aos tribunais locais”, critica o ministro.

Subjetividade

Quando analisa o pedido de dano moral, o juiz tem liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização dentro dos parâmetros pretendidos pelas partes. De acordo com o ministro Salomão, não há um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral. “Depende muito do caso concreto e da sensibi-

lidade do julgador”, explica. “A indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação a vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa”, completa.

Para o presidente da Terceira Turma do STJ, ministro Sidnei Beneti, essa é uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual. “Não é cálculo matemático. Impos-

sível afastar um certo subjetivismo”, avalia. De acordo com o ministro Beneti, nos casos mais freqüentes, considera-se, quanto à vítima, o tipo de ocorrência (morte, lesão física, deformidade), o padecimento para a própria pessoa e familiares, circunstâncias de fato, como a divulgação maior ou menor e consequências psicológicas duráveis para a vítima. Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que o valor seja um desestímulo efetivo para a não reiteração.

Tantos fatores para análise resultam em disparidades entre os tribunais na fixação do dano moral. É o que se chama de “jurisprudência lotérica”. O ministro Salomão explica: para um mesmo fato que afeta inúmeras vítimas, uma Câmara do Tribunal fixa um determinado valor de

indenização e outra Turma julgadora arbitra, em situação envolvendo partes com situações bem assemelhadas, valor diferente. “Esse é um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica”, analisa o ministro do STJ. “A indenização não representa um bilhete premiado”, diz. Estes são alguns exemplos recentes de como os danos vêm sendo quantificados no STJ.

Morte dentro de escola = 500 salários

Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público (por exemplo, a União e os estados), cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso. Seguindo o entendimento da Segunda Seção, a Segunda Turma vem fixando o valor de indenizações no limite de 300 salários mínimos. Foi o que ocorreu no julgamento do Resp 860705, relatado pela ministra Eliana Calmon. O recurso era dos pais que, entre outros pontos, tentavam aumentar o dano moral de R\$ 15 mil para 500 salários mínimos em razão da morte do filho ocorrida dentro da escola, por um disparo de arma. A Segunda Turma fixou o dano, a ser ressarcido pelo Distrito Federal, seguindo o teto padronizado pelos ministros. O patamar, no entanto, pode variar de acordo com o dano sofrido. Em 2007, o ministro Castro Meira levou para análise, também na Segunda Turma, um recurso do Estado do Amazonas, que havia sido condenado ao pagamento de R\$ 350 mil à família de uma menina morta por um policial militar em serviço. Em primeira instância, a indenização havia sido fixada em cerca de 1.600 salários mínimos, mas o tribunal local reduziu o valor, destinando R\$ 100 mil para cada um dos pais e R\$ 50 mil para cada um dos três irmãos. O STJ manteve o valor, já que, devido às circunstâncias do caso e à ofensa sofrida pela família, não considerou o valor exorbitante nem desproporcional (REsp 932001).

Paraplegia = 600 salários

A subjetividade no momento da fixação do dano moral resulta em dis-



paridades gritantes entre os diversos Tribunais do país. Num recurso analisado pela Segunda Turma do STJ em 2004, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul apresentou exemplos de julgados pelo país para corroborar sua tese de redução da indenização a que havia sido condenada. Feito refém durante um motim, o diretor-geral do hospital penitenciário do Presídio Central de Porto Alegre acabou parapléxico em razão de ferimentos. Processou o estado e, em primeiro grau, o dano moral foi arbitrado em R\$ 700 mil. O Tribunal estadual gaúcho considerou suficiente a indenização equivalente a 1.300 salários mínimos. Ocorre que, em caso semelhante (paraplegia), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou em 100 salários mínimos o dano moral. Daí o recurso ao STJ.

A Segunda Turma reduziu o dano moral devido à vítima do motim para 600 salários mínimos (Resp 604801), mas a relatora do recurso, ministra Eliana Calmon, destacou dificuldade em chegar a uma uniformização, já que há múltiplas especificidades a serem analisadas, de acordo com os fatos e as circunstâncias de cada caso.

Morte de filho no parto = 250 salários
Passado o choque pela tragédia, é natural que as vítimas pensem no ressarcimento pelos danos e busquem isso judicialmente. Em 2002, a Terceira Turma fixou em 250 salários mínimos a indenização devida aos pais de um bebê de São Paulo morto por negligência dos responsáveis do berçário (Ag 437968). Caso semelhante foi analisado pela Segunda Turma neste ano. Por falta do correto atendimento durante e após o parto, a criança ficou com sequelas cerebrais permanentes. Nesta hipótese, a relatora, ministra Eliana Calmon, decidiu por uma indenização maior, tendo em vista o prolongamento do sofrimento. “A morte do filho no parto, por negligência médica, embora ocasione dor indescritível aos genitores, é evidentemente menor do que o sofrimento diário dos pais que terão de cuidar, diuturnamente,

do filho inválido, portador de deficiência mental irreversível, que jamais será independente ou terá a vida sonhada por aqueles que lhe deram a existência”, afirmou a ministra em seu voto. A indenização foi fixada em 500 salários mínimos (Resp 1024693)

Fofoca social = 30 mil reais

O STJ reconheceu a necessidade de reparação a uma mulher que teve sua foto ao lado de um noivo publicada em jornal do Rio Grande do Norte, noticiando que se casariam. Na verdade, não era ela a noiva, pelo contrário, ele se casaria com outra pessoa. Em primeiro grau, a indenização foi fixada em R\$ 30 mil, mas o Tribunal de Justiça potiguar entendeu que não existiria dano a ser ressarcido, já que uma correção teria sido publicada posteriormente. No STJ, a condenação foi restabelecida (Resp 1053534).

Protesto indevido = 20 mil reais

Um cidadão alagoano viu uma indenização de R\$ 133 mil minguar para R\$ 20 mil quando o caso chegou ao STJ. Sem nunca ter sido correntista do banco que emitiu o cheque, houve protesto do título devolvido por parte da empresa que o recebeu. Banco e empresa foram condenados a pagar cem vezes o valor do cheque (R\$ 1.333). Houve recurso e a Terceira Turma reduziu a indenização. O relator, ministro Sidnei Beneti, levou em consideração que a fraude foi praticada por terceiros e que não houve demonstração de abalo ao crédito do cidadão (Resp 792051).

Alarme antifurto = 7 mil reais

O que pode ser interpretado como um mero equívoco ou dissabor por alguns consumidores, para outros é razão de processo judicial. O STJ tem jurisprudência no sentido de que não gera dano moral a simples interrupção indevida da prestação do serviço telefônico (Resp 846273). Já noutro caso, no ano passado, a Terceira Turma manteve uma condenação no valor de R\$ 7 mil por danos morais devido a um consumidor do Rio de Janeiro que sofreu constrangimento e humilhação por ter de retornar à loja para ser revistado. O alarme

antifurto disparou indevidamente. Para a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, foi razoável o patamar estabelecido pelo Tribunal local (Resp 1042208). Ela destacou que o valor seria, inclusive, menor do que noutros casos semelhantes que chegaram ao STJ. Em 2002, houve um precedente da Quarta Turma que fixou em R\$ 15 mil indenização para caso idêntico (Resp 327679).

Tabela

A tabela abaixo traz um resumo de alguns precedentes do STJ sobre casos que geraram dano moral, bem como os valores arbitrados na segunda instância e no STJ. Trata-se de material exclusivamente jornalístico, de caráter ilustrativo, com o objetivo de facilitar o acesso dos leitores à ampla jurisprudência da Corte.⁹

<i>Evento</i>	<i>2º grau</i>	<i>STJ</i>	<i>Processo</i>
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

9 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/STJ-busca-par%C3%A2metros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais>. Acesso em: 10 jul. 2015.

Assim sedimentada a complexidade da tarefa de se arbitrar o dano moral, insta destacar alguns critérios, apontados pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, para se quantificar a reparação do dano extrapatrimonial.

Sem pretensão de exaurir a celeuma, poderíamos arrolar como parâmetros de mensuração: a) compensação do dano moral, sem enriquecimento da vítima; b) a necessidade de se prevenir a reiteração do ato por parte do agressor (efeito dissuasório e punitivo); c) o grau de culpa do agente; d) a gravidade do dano; e) a condição particular do lesado, e f) o respeito aos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Esses dois últimos critérios, há de se destacar, devem ser utilizados por uma perspectiva comparativa com casos análogos, mas sem instituir-se o efeito de tabelamento.

Na jurisprudência, a quantificação do dano moral foi assim disciplinada:

INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO INDEVIDO. RESPONSABILIDADE DO INSS. DEVER DE INDENIZAR. HONORÁRIOS.

1. Devido à falha no sistema de implantação do benefício, o apelante teve descontado do seu benefício, durante 5 meses, o valor de R\$ 477,24.
2. Ainda que tenha o INSS sanado o erro, com a restituição da quantia indevidamente descontada ao beneficiário, o benefício por ele recebido gira em torno do valor de R\$ 1.500,00 (fls. 12/14).
3. O dano moral se encontra presente na medida em que levarmos em consideração o valor irrisório da maioria dos benefícios previdenciários, sendo certo que qualquer redução em seu valor compromete o próprio sustento do segurado e de sua família.
4. O nexo causal também se verifica, uma vez que, consoante se depreende de tudo o que foi acima exposto, o dano ao apelante decorreu da conduta do INSS,

havendo, portanto, o dever de indenizar.
5. *Em relação ao quantum indenizatório, é da essência do dano moral ser compensado financeiramente a partir de uma estimativa que seja pertinente ao sofrimento causado, não havendo fórmulas ou critérios matemáticos que permitam especificar, com exatidão, o valor da indenização.*

6. *O arbitramento deve, portanto, obedecer aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a indenização cumpra a sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo, sem, contudo, permitir o seu enriquecimento sem causa.*

7. Na presente ação, analisadas as peculiaridades que envolveram o caso, com o desconto comprovado de valor indevido (R\$ 477,24) no período que vai de outubro de 2008 a março de 2009 (5 meses), bem como os dissabores daí advindos, que tiveram de ser suportados pelo apelante, entendo que a indenização por danos morais deve ser *fixada no valor de R\$ 2.386,20 (cinco vezes o valor descontado)*, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao caráter pedagógico/punitivo da indenização e à impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido, evitando-se a perspectiva do lucro fácil. (...).

(TRF 3ª Região, Terceira Turma, AC 0041816-64.2010.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 13/10/2011, e-DJF3 24/10/2011)

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INSS. SUSPENSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO. CENSO. RECADASTRAMENTO DO BENEFICIÁRIO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO.

1. Comprovado que a supressão do benefício ocorreu mesmo após o cadastramento efetuado pelo segurado, forçoso reconhecê-la como indevida, residindo nesse fato a ação danosa passível de ser

imputada à Administração Pública.

2. O dano sofrido pelo falecido afigura-se demonstrado, na medida em que se encontrava extremamente debilitado a ponto de ser interditado, possuía idade avançada e a família não dispunha de recursos suficientes para suprir a escassez de rendimentos ocasionada pela suspensão do benefício.

3. *O arbitramento do valor da indenização pelo dano moral é ato complexo para o julgador que deve sopesar, dentre outras variantes, a extensão do dano, a condição sócio-econômica dos envolvidos, a razoabilidade, a proporcionalidade, a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico/punitivo da indenização e a impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido.*

(TRF 4ª Região, Terceira Turma, Apel-Reex 2007.72.10.001430-7/SC, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, j. 23/02/2010, e-DJF4 17/03/2010)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.

2. *No que tange à fixação do quantum indenizatório, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve atender à finalidade de ressarcimento e prevenção: ressarcir a parte afetada dos danos sofrido e evitar pedagogicamente que atos semelhantes venham a ocorrer novamente.*

3. Acolhida a pretensão de prequestionamento, para evitar que a inadmissibilidade dos recursos às instâncias

superiores decorra exclusivamente da ausência de menção expressa aos dispositivos tidos pela parte como violados, que tenham sido implicitamente considerados no acórdão, por serem pertinentes à matéria decidida.

(TRF 4ª Região, Terceira Turma, AC 2007.72.04.001208-7/SC, Relator Desembargador Federal Nicolau Konkel Júnior, j. 09/02/2010, e-DJF4 03/03/2010)

3.5. Do conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual para apreciar a pretensão de dano moral em face do INSS.

À luz da previsão constitucional contida no artigo 109, I, a presença da autarquia previdenciária – INSS – justificaria, por si, a competência da Justiça Federal. É iterativa a jurisprudência nesse sentido, como se depreende de acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA CONTRA O INSS. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONFLITO DANO MORAL – JF.

1. Cuida-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo Federal e o Juízo Estadual, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por empregado celetista contra o INSS, por ato praticado por médico-perito da autarquia.

2. A causa não se refere à ação de indenização por danos decorrentes de acidente de trabalho formulada pelo empregado contra o empregador, de modo que não incide o art. 114, VI, da Constituição da República.

3. *Funda-se a ação na responsabilidade da Administração Pública pelos atos praticados por seus agentes no exercício da função, conforme preceitua o*

§ 6º do art. 37 da Carta Magna. Logo, a competência deve ser atribuída na conformidade do que dispõe a primeira parte do art. 109, I, da Carta Magna.

4. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal, o suscitado.

(STJ, Primeira Seção, CC 106.797/SP, Relator Ministro Castro Meira, j. 14/10/2009, e-DJF 22/10/2009)

Há, entretanto, ressalva normativa de igual *status* constitucional estampado no parágrafo 3º do artigo 109, a qual permite ao interessado ingressar com a causa previdenciária na Justiça Estadual de seu domicílio, quando este não for sede de Vara Federal. Com efeito, surgira o questionamento sobre qual seria a Justiça competente quando o segurado cumular, perante a Justiça Estadual, o seu pedido de concessão de benefício previdenciário com pretensão de dano moral (v.g. em razão do indeferimento do INSS).

Considerando-se que o pedido de concessão da prestação assumiria um caráter principal em face do pedido acessório de danos morais, os Tribunais acolheram o reconhecimento da competência da Justiça Estadual, em caráter de delegação para apreciar ambos os pedidos de forma cumulativa:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO OBJETIVANDO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CUMULAÇÃO SUCESSIVA DE PEDIDOS. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA AO JUÍZO ESTADUAL. ART. 109, § 3º, CF. APLICAÇÃO.

I - Cuida-se de cúmulo sucessivo de pedidos, regulado pela norma do art. 292 do CPC.

II - As pretensões ventiladas na ação originária são de duas ordens, segundo se deduz da inicial daquele feito: a obtenção de aposentadoria por idade e a indenização por dano moral decorrente de responsabilidade civil do INSS por seu ato administrativo.

III - A delegação de competência a que alude o art. 109, § 3º, da CF, é fixada em razão da matéria, ou seja, do objeto do pedido. A ação subjacente versa sobre causa em que é parte instituição de previdência e beneficiário, estando, pois, ao abrigo dessa norma.

IV - Estão presentes todos os requisitos previstos no art. 292, § 1º e seus incisos, do CPC, para a cumulação em questão, ou seja, os pedidos são compatíveis entre si, o mesmo Juízo Estadual é competente para deles conhecer e o tipo de procedimento escolhido – o ordinário – é adequado para a veiculação da pretensão em causa.

V - Conflito negativo julgado procedente, firmando-se a plena competência do Juízo de Direito da 2ª Vara de Registro/SP.

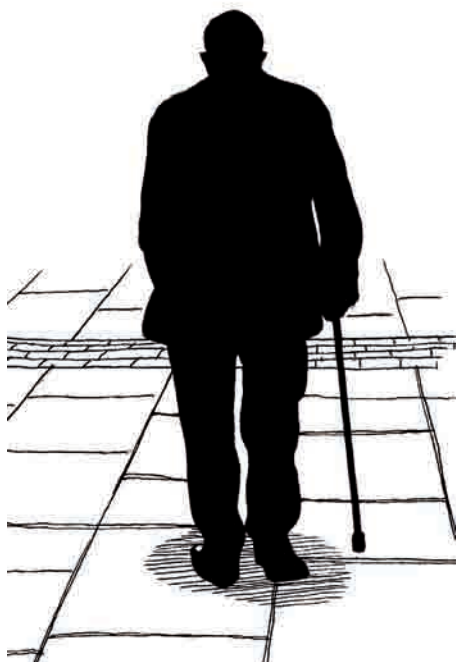
(TRF 3ª Região, Terceira Seção, CC 2011.03.00.005888-5/SP, Relator para Acórdão Juiz Federal Convocado Leonardo Safi, j. 12/05/2011, e-DJF3 20/05/2011)

O mesmo raciocínio se aplicaria na fixação da competência da vara especializada previdenciária. Assim, em que pese o caráter absoluto da competência fixada em razão da matéria, a cumulação dos pedidos de natureza previdenciária e de danos morais instituiria uma situação de dependência entre as pretensões, justificando a apreciação conjunta das demandas.

Diversamente seria o caso em que o pedido do jurisdicionado fosse simplesmente a reparação moral. Nesse caso, a ação teria natureza cível e não seria processada pela vara especializada.

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DANOS MORAIS. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. SENTENÇA ANULADA.

I - O pleito de indenização por danos morais constitui pedido acessório ao de outorga do benefício, só podendo ser conhecido caso, primeiramente, se considere devida a prestação previden-



ciária pleiteada em Juízo, o que torna imperioso o julgamento conjunto de ambos os pedidos.

II - O entendimento majoritário deste E. Tribunal considera que o Juízo Federal Previdenciário – competente para o julgamento do pedido de concessão de benefício previdenciário –, também detém competência para o exame do pedido acessório de indenização por danos morais.

III - Apelação provida.

(TRF 3ª Região, Oitava Turma, AC 2010.61.83.006974-0/SP, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, j. 09/05/2011, e-DJF3 19/05/2011)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. CUMULAÇÃO DE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COM PEDIDO QUE VERSA SOBRE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO PREVIDENCIÁRIO PARA APRECIÇÃO DE AMBOS OS PEDIDOS.

1. Nos termos do artigo 292 do Código de Processo Civil, a cumulação

de pedidos é permitida, desde que: I) haja compatibilidade entre eles; II) o mesmo juízo seja competente para deles conhecer; III) o procedimento a ser adotado seja comum a todos. No caso em questão, não há óbice à cumulação dos pedidos de proibição de descontos iguais a 30% (trinta por cento) do valor do benefício previdenciário percebido pelo segurado e de indenização por danos morais, já que o Juízo Federal da 2ª Vara Previdenciária de São Paulo-SP (Vara especializada) é competente para apreciar ambos os pedidos formulados, isto é, tanto a matéria previdenciária quanto a cível.

2. O pedido indenizatório constitui questão secundária e indissociável da pretensão principal, tendo em vista que a procedência daquele pedido dependerá de a parte Autora demonstrar a ocorrência do dano e seu nexo de causalidade com a conduta (supostamente ilícita) do INSS de descontar, em âmbito administrativo, valores iguais a 30% (trinta por cento) do benefício previdenciário percebido pelo segurado.

3. Agravo a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, Sétima Turma, AI 2010.03.00.033368-5/SP, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, j. 15/08/2011, e-DJF3 22/08/2011)

Interessante registrar também – sobre a temática da competência – precedente de origem do E. TRF4 indicando que, para o fim de se fixar a competência dos Juizados Especiais Federais – é dizer: limite de sessenta salários mínimos –, caberia ao magistrado controlar o valor atribuído à causa. Com efeito, a quantificação da reparação por danos morais deveria ser feita tendo-se como proporção o montante máximo a ser dado ao valor da causa, sob pena de violação ao princípio do juiz natural. Para integral entendimento, reproduz-se o julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CUMULAÇÃO DE PEDIDO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PLEITO DE

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. VALOR DA CAUSA. ADEQUAÇÃO. FIXAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ.

1. Consoante o disposto no art. 292 do Código de Processo Civil, “é permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”, desde que os pedidos sejam compatíveis entre si, seja competente para conhecer deles o mesmo juízo e seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento (§ 1º). Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário (§ 2º).

2. Sendo possível a cumulação, ou o Juízo é competente para conhecer de ambos os pedidos, ou não é competente para conhecer de ambos os pedidos (ainda que possa, de ofício, exercer controle acerca do valor estimado para as pretensões formuladas). Portanto, não pode o valor da causa ser cindido para fins de definição da competência.

3. A Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento de que devem prevalecer, para fins de atribuição do valor da causa, as regras do Código de Processo Civil. Portanto, havendo cumulação de pedidos, o valor da causa será a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles, consoante o disposto no art. 259, inciso II, do CPC, o que, *in casu*, efetivamente manteria a competência da Vara Federal, porquanto somando-se os valores dos pedidos de concessão de aposentadoria com o de indenização por danos morais seria ultrapassado o montante equivalente a 60 salários mínimos.

4. Reconhecida a possibilidade de cumulação dos pedidos, no caso em apreço, pois ambos os pleitos apresentam origem comum: concessão do benefício e condenação do INSS ao pagamento de danos morais em razão do suposto injusto indeferimento do benefício que se pretende ver concedido judicialmente.

5. *É possível que o juiz aprecie, de ofício, a adequação do valor atribuído à causa, já que a competência do Juizado*

Especial Federal é pautada com base nesse critério.

6. *Consoante a jurisprudência desta Corte, não se admite que a postulação de indenização por danos morais seja desproporcional ao proveito econômico a ser obtido com o resultado da pretensão principal, ou seja, o valor da compensação deve ter como limite o equivalente ao total das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício previdenciário pretendido, ao menos para o fim provisório de adequar o valor da causa, com vistas à fixação da competência para o julgamento do feito –.*

7. *In casu*, deve ser alterado, de ofício, o valor da causa para R\$ 26.018,48, o que afasta a competência do Juizado Especial Federal para o processamento e julgamento do feito, já que o referido montante supera o equivalente 60 salários mínimos à época do ajuizamento. (TRF 4ª Região, Sexta Turma, AC 2008.70.12.000192-6/PR, Relator Desembargador Federal Celso Kipper, j. 16/12/2009, e-DJF4 15/01/2010)

4. Considerações finais.

A observação da realidade empírica, que impulsionou o presente texto, traz à tona a importância da reflexão sobre a qualidade do serviço prestado pelo INSS, notadamente no cenário de expansão da cobertura previdenciária anunciada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (princípio da universalidade contido no art. 201), e que obteve reforço com a Emenda Constitucional nº 47/2005.

Não se pode olvidar que, a par do descontentamento com a postura da autarquia previdenciária perante os pleitos administrativos, há a gravíssima preocupação com as tentativas de fraude em prejuízo do orçamento da seguridade social. E, nesse sentido, surge a importância da cautela do INSS ao deferir benefícios, os quais, inclusive, poderão redundar em benefício ulterior de pensão por morte.

Entretanto, cabe destacar que a proteção ao patrimônio público não pode subsidiar ou desencorajar a condenação do INSS pelos atos que repercutam em danos extrapatrimoniais para os segurados. Deveras, a princípio, a condenação irá atingir o patrimônio público, contudo, cabe destacar que há uma ordem constitucional para se recobrar essa indenização, na via da ação de regresso, em face do agente que atuar com culpa ou dolo (art. 37, § 6º, CF/88).

Essa hipótese justificaria, inclusive, uma ação de improbidade em face do servidor incauto ou negligente. Ao assim proceder (seja pela iniciativa da própria entidade, seja por atuação do Ministério Público Federal – art. 17 da Lei nº 8.429/1992), as condenações de ressarcimento por dano moral atingiriam, de fato, o objetivo de prevenir novas lesões, bem como incentivar a avaliação da qualidade na prestação do serviço, encampando-se a perspectiva da administração gerencial, na esteira da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Urge, outrossim, ampliar o debate que ora se apresenta para se alcançar a efetividade das decisões judiciais no âmbito administrativo. É contraproducente a repetição exaustiva das mesmas demandas perante o órgão administrativo cujas teses já foram sedimentadas pelos tribunais. É cediço que o Poder Judiciário, na condição de guardião derradeiro dos direitos fundamentais, sinaliza uma atuação corregedora sobre atos administrativos nos

casos concretos e o faz em nome da segurança jurídica, fato que reclama tratamento isonômico às pretensões análogas.

Há de se ressaltar que se a Administração Pública implementasse – de forma voluntária – as decisões reiteradas do Judiciário aos casos congêneres, não se estaria a burlar a autonomia do Poder Executivo, tampouco a dar efeito abstrato e geral às decisões judiciais. Deveras, se ao Estado cabe, por meio das três funções ou poderes que o estruturam, entregar ao administrado os bens jurídicos amparados pela Constituição da República, a harmonização das decisões administrativas e judiciais simplesmente realizaria esse compromisso. Rememore-se, ao ensejo, que a “divisão dos poderes” é implementada em prol da proteção do cidadão e não, abstratamente, em nome do fortalecimento das instituições.

Por fim, cumpre consignar que o almejado amadurecimento da cidadania ficará condicionado à efetiva realização do compromisso constitucional de conferir primazia ao valor da dignidade humana; primazia essa que poderá ser resgatada a todo tempo por meio das compensações de danos morais. Viabilizaríamos, nesta sorte, uma dinâmica corretiva virtuosa, pois o cidadão alcançaria maior consciência de seus direitos e a Administração Pública seria instada a revisar a postura ímproba de seus agentes ou a ilegítima manifestação de sua vontade.

Referências bibliográficas.

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

PERDIGÃO, Christiane. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2, n. 2, p. 1-31, abr. 2007.

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

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

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

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

Responsabilidade civil pela perda do tempo



Mayara Bittencourt Ibe

Advogada. Graduada e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP.



Bruno Santhiago Genovez

Juiz Federal Substituto. Ex-Procurador Federal. Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP.

RESUMO: Durante anos não se percebeu a importância do tempo como um bem jurídico merecedor de tutela. A possibilidade de alguém ser indenizado pelo desperdício injusto e intolerável de seu tempo era algo inimaginável. Hoje, utilizando-se o regramento da responsabilidade civil, em especial no que tange ao abuso de direito, e o ordenamento consumerista, essa responsabilização é possível, uma vez que o tempo é um valor e como tal merece proteção jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil. Responsabilidade civil. Perda do tempo útil ou livre. Abuso de Direito. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. Vício ou fato do serviço.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da responsabilidade civil. 3. Da responsabilidade civil pelo abuso de direito. 4. Da responsabilidade civil nas relações de consumo. 5. Da responsabilidade civil em razão da perda do tempo. 6. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução.

O presente trabalho discorre sobre a possibilidade de indenização frente a circunstâncias de abuso de direito, especialmente nas relações consumeristas, em que o principal bem jurídico lesionado é o tempo.

O tempo é, atualmente, um bem jurídico passível de tutela, e quando a má prestação

do serviço extrapola a razoabilidade, sendo substituída pelo descaso, pela frustração ou mesmo pela irritação, ocorre flagrante ofensa ao direito à prestação adequada dos serviços contratados (principalmente quando este serviço é essencial e indispensável ao consumidor), bem como viola, ainda, a tranquilidade, a paz e a própria dignidade do consumidor.

A indenização pela perda do tempo útil impõe, assim, uma reflexão acerca do seu

valor compensatório, punitivo e pedagógico, à luz das regras de responsabilidade civil, o que ora se busca fazer.

2. Da responsabilidade civil.

A função da responsabilidade civil baseia-se, fundamentalmente, no anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo, inspirando-se no mais elementar sentimento de justiça.

Sergio Cavalieri Filho nos ensina que:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.¹

Se a responsabilidade tem por elemento uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta. A título exemplificativo, a responsabilidade poderá ser dividida em: responsabilidade civil e penal; responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade objetiva e subjetiva; responsabilidade nas relações de consumo; dentre outras.

Por ora, ficamos na responsabilidade contratual e extracontratual e na responsabilidade nas relações de consumo.

Em apertada síntese, se a infração ao direito se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente

chamado de ilícito contratual, tendo como fonte precípua o contrato, fazendo nascer a responsabilidade civil contratual. Já na responsabilidade civil extracontratual, a infração ao direito pertine a um dever jurídico imposto pela lei, ou seja, o ilícito é extracontratual, pois gerado fora dos negócios jurídicos e alcançado pela máxima *neminem laedere*.

Assim, tanto na responsabilidade civil contratual como na extracontratual há um dever jurídico preexistente, diferenciando-se apenas quanto a sua origem.

A responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, ainda se subdivide em responsabilidade subjetiva ou objetiva, conforme se exija ou não a culpa *lato sensu* em sua configuração. A subjetiva exige culpa e é a regra geral, assentando-se nos artigos 927 e 186 do Código Civil, e a objetiva independe desse elemento subjetivo, derivando das hipóteses taxativamente previstas em lei, a exemplo do abuso de direito (art. 927 c/c 187 do CC), da atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC), fato do produto (art. 931 do CC), dentre outros.

Como bem ressaltado pelos professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho², a culpa (em sentido lato) não é pressuposto geral da responsabilidade civil, tendo em vista a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para sua configuração, qual seja, a responsabilidade objetiva.

Carlos Roberto Gonçalves³ ressalta que há quem critique essa dualidade de tratamento. São os adeptos da tese unitária ou monista, que entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos.

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 71.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.



De fato, basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano (ou prejuízo), conduta humana (positiva ou negativa) e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos.

Por outro lado, a responsabilidade civil derivada das relações de consumo tem origem constitucional (art. 5º, XXXII, e art. 170, V), que passou a ser regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor. Esse microssistema, a fim de dar cumprimento ao mandamento constitucional de defesa do consumidor, trouxe a responsabilidade civil objetiva fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo.

Desse modo, “não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo”.⁴

3. Da responsabilidade civil pelo abuso de direito.

Como já anunciado, a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito é uma modalidade de responsabilidade aquiliana e objetiva.

Silvio Rodrigues considera que:

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia.⁵

O artigo 187 do Código Civil dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Analisando esse dispositivo, conclui-se não ser imprescindível que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro, bastando, segundo a dicção legal, que exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Adotou-se, pois, o critério finalístico para a identificação do abuso de direito.

Desse modo, prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que o abuso de direito prescinde da ideia de culpa. Nesse sentido o Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, consolidando que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do

4 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

5 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1975, v.4, p. 49.

direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

São exemplos oriundos da jurisprudência e trazidos por Sérgio Cavalieri Filho em seu livro “Programa de responsabilidade civil”:⁶ rescisão unilateral de contratos de representação comercial; dispensa de empregado para evitar que complete o tempo de serviço necessário à obtenção de certos direitos; recusa de estabelecimento de ensino em conceder a documentação necessária à transferência do aluno em atraso com a mensalidade escolar; requerimento de falência de uma empresa quando é suficiente a ação de execução; pedido de dissolução total da sociedade formulado pelo sócio retirante, em lugar de dissolução parcial; construção de chaminé em casa para vedar a luz solar da casa do vizinho; recursos processuais protelatórios; ações temerárias; dentre tantos outros presentes não só no livro citado, mas oriundos da própria convivência social.

Mas e o tempo que se gasta para cancelar uma contratação que não mais nos interessa? E o tempo perdido na espera de atendimento em consultórios médicos em que havia prévio horário agendado? E a demora numa fila de banco onde, dos dez guichês existentes, só havia dois ou três abertos para atendimento ao público? E o tempo que se perde em telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, informando a mesma situação várias vezes, para ver um problema solucionado? E a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar várias horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado? Não configurariam abuso de direito? Desenvolveremos esse assunto nos tópicos seguintes.

4. Da responsabilidade civil nas relações de consumo.

Respeitando comando constitucional, que erigiu a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 5º, XX-XII, e art. 170, V, ambos da CF), aprovou-se o Código de Defesa do Consumidor — Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Código de Defesa do Consumidor adotou uma avançada técnica legislativa baseada em princípios e cláusulas gerais, o que permite considerá-lo uma lei principiológica. Essa é a razão de seu vasto campo de incidência – todas as relações de consumo onde quer que ocorram. Um campo abrangente, difuso, que permeia todas as áreas do Direito.

Objetivamente, à luz do que dispõem os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, a relação de consumo pode ser conceituada como aquela em que alguém, um profissional, fornece um produto ou presta um serviço a um destinatário final, denominado consumidor, mediante uma remuneração direta ou vantagem indireta.

A responsabilidade civil oriunda do referido diploma legal pode decorrer do produto ou serviço. Mais especificamente, quanto a essa forma de responsabilidade, há quatro hipóteses: responsabilidade pelo vício do produto; responsabilidade pelo fato do produto (defeito); responsabilidade pelo vício do serviço; responsabilidade pelo fato do serviço (defeito).

Regra geral, *vício do produto* ocorre quando há um problema oculto ou aparente no mesmo, que o torna impróprio para o consumo ou diminui o seu valor. O problema permanece no produto, não rompendo os limites dele.

O *fato do produto*, sinônimo de defeito, seria aquele problema que extrapola os limites da coisa, gerando repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, ou seja, além da dimensão do negócio. Um exemplo trazido por Flávio

6 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166-168.



Tartuce esclarece essa diferença:

Imaginemos um caso em que um consumidor compra um liquidificador. Fazendo uso do eletrodoméstico em sua casa, a hélice do aparelho estoura, mas fica acondicionado dentro do copo do aparelho. Haverá *vício do produto*, pois o problema permanece nos “limites do produto”: o aparelho está impréstável! Mas, por outro lado, nesse mesmo caso, se a hélice estourar e sair voando, furando o copo e entrando na barriga do consumidor, fazendo com que o mesmo seja hospitalizado, haverá *fato do produto*.⁷

No caso do serviço, tem-se o mesmo tratamento legal. Igualmente, *vício do serviço* ocorre quando um serviço contratado for, por exemplo, mal prestado, podendo ser pleiteado o abatimento proporcional do preço, a reexecução do serviço sem custo adicional ou mesmo a resolução do negócio, com a restituição da quantia paga sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Por fim, no *fato do serviço* (ou defeito do serviço) tem-se outros danos advindos do serviço, além do valor pecuniário da prestação. É o caso, por exemplo, de um serviço mal prestado por uma instituição bancária que acarreta a inscrição do nome do consumidor no cadastro dos inadimplentes de forma indevida.

Feitas essas explanações, a pergunta que se faz é se não haveria *vício do serviço* ou até mesmo *fato do serviço*, ensejadores de responsabilidade civil, no mau serviço prestado por determinados fornecedores que causam o desperdício injusto e ilegítimo do tempo do consumidor.

5. Da responsabilidade civil em razão da perda do tempo.

Como bem disciplina o professor Pablo Stolze Gagliano:

(...) durante anos, a doutrina, especialmente aquela dedicada ao estudo da responsabilidade civil, não cuidou de perceber a importância do tempo como um bem jurídico merecedor de indiscutível tutela.⁸

Hoje, a rotina que nos é imposta, com as exigências da contemporaneidade, tem nos defrontado com situações de abuso inequívoco à livre disposição e uso do tempo útil.

É claro que diversos assuntos que cercam nosso cotidiano exigem algum tempo para resolução, o que é perfeitamente normal. Todavia, isso não ocorre quando uma simples demanda de consumo requer um tempo considerável para ser solucionada, extravasando os limites da razoabilidade.

A indenização pela perda do tempo útil trata de situações intoleráveis, em que há desídia e desrespeito aos consumidores, causados por atos ilícitos ou condutas abusivas dos prestadores de serviços ou fornecedores de produtos.

Nesses casos, quando a má prestação do serviço extrapola a razoabilidade, sendo substituída pelo descaso, pela frustração ou

⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. São Paulo: Método, 2006, v.2, p. 383.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23925>>. Acesso em: 21 maio 2013.

mesmo pela irritação, ocorre flagrante ofensa ao direito à prestação adequada dos serviços contratados (principalmente quando este serviço é essencial e indispensável ao consumidor), bem como viola, ainda, a tranquilidade, a paz e a própria dignidade do consumidor.

O tempo é, atualmente, um relevante bem jurídico, passível de proteção jurídica, e dele só o seu titular pode dispor.

Como bem assevera Vitor Vilela Guglinski:

A importância do tempo, no entanto, não se limita a ideia que cada um de nós tem sobre suas implicações, isto é, à subjetividade que envolve a análise de sua influência em nosso cotidiano. Na seara jurídica, o tempo é parâmetro objetivo utilizado para criar e extinguir direitos. No direito pátrio, encontra-se presente na própria Constituição Federal, como direito fundamental implícito na norma que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo (art. 5º, LXXVIII).⁹

Ainda lembra André Gustavo Corrêa de Andrade que:

(...) o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido em nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder seu

tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos.¹⁰

Nesse diapasão, seria um inaceitável desperdício de tempo livre, com potencial prejuízo, não apenas na seara econômica e profissional, mas até mesmo no âmbito de convivência familiar, a ocorrência de qualquer um dos seguintes exemplos: telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história diversas vezes, para ver solucionado um problema do qual, muitas vezes, ela foi a responsável; ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar várias horas aguardando desconfortavelmente pelo voo atrasado; esperar em casa, sem hora marcada, pela entrega de um produto novo ou pelo profissional que irá realizar um orçamento ou reparo, ou mesmo por um técnico que precisa voltar para fazer o conserto de uma instalação malfeita; enfrentar longas filas bancárias em que, dos dez guichês existentes, só há dois ou três abertos para o atendimento ao público; suportar os longos atrasos em consultórios médicos em que havia agendamento prévio do horário para ser atendido; etc.

O nosso dia a dia exige um aproveitamento adequado do tempo de que dispomos, sob pena de experimentarmos perdas de variadas ordens, seja nas próprias relações pessoais, seja nas relações profissionais ou financeiras. Vale dizer que uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é situação geradora de possível dano.

É lícito que, em virtude do cotidiano

9 GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 21 maio 2013.

10 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/dano_moral_em_caso_de_descumprimento_de_obrigacao_contratual.pdf>. Acesso em: 21 maio 2013.

que nos é imposto, determinados prestadores de serviço ou fornecedores de produtos imponham-nos um desperdício intolerável do nosso próprio tempo sem que isso configure abuso de direito ou serviço defeituoso? A perda de um turno ou de um dia inteiro de trabalho (estudo ou até mesmo de convivência familiar) não ultrapassaria a fronteira do mero percalço ou aborrecimento, ingressando no âmbito do dano indenizável?

Como muito bem destacado pelo professor Pablo Stolze Gagliano, em editorial citado em seu artigo “Responsabilidade civil pela perda do tempo”:

Em situações de comprovada gravidade, pensamos que esta tese é perfeitamente possível e atende ao aspecto, não apenas compensatório, mas também punitivo ou pedagógico da própria responsabilidade civil.

(...) Até porque, como bem lembra o poeta, “o tempo não para”. E não é justo que um terceiro “pare” indevidamente o nosso, segundo a sua própria conveniência.¹¹

A ocorrência consecutiva e contumaz de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda do seu tempo livre, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para admitir a reparação civil pela perda do tempo, senão vejamos:

DANO MORAL - Responsabilidade civil - *Perda do tempo livre* - Prestação de serviço de telefonia móvel - Bloqueio da linha por falha da empresa de telefonia - Defeito solucionado três meses depois - Violação do dever anexo de cooperação, da transparência, veracidade da informação - *Demonstração do total descaso da operadora de telefonia com o consumidor* - Dignidade da pessoa humana atingida - *Dano moral majorado para*

R\$ 10.900,00 - Indenizatória procedente - Honorários fixados - Valor fixado que não se mostra excessivo - Manutenção - Apelação da Vivo S/A improvida - Recurso adesivo provido em parte.

(...) O calvário pelo qual passou o autor por três meses, entre os dias 24 de setembro de 2007 até 11 de dezembro de 2007, relatados em fl. 36, demonstram que não se tratam de meros dissabores, mas evidente má prestação de serviços e descaso com o consumidor “que por um equívoco” causou transtornos em prejuízos por quase três meses até que o problema fosse solucionado, prescindindo de prova do dano moral. *Evidente que o bloqueio da linha de telefone e as diversas tentativas infrutíferas de solucionar o problema demonstram o total descaso da operadora de telefonia com o consumidor, devendo a pessoa jurídica indenizar o consumidor pelo dano moral decorrente da perda do tempo livre que dispendeu. (...) A sociedade empresária não somente fez com que o demandante perdesse seu tempo livre como ainda violou a saúde psíquica do consumidor, direitos da personalidade assegurados constitucionalmente* (art. 5º, X, da CF), conceitos regidos pelo princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

(TJ/SP, *Apelação Cível nº 9057469-36.2009.8.26.0000*, 19ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ricardo Negrão, j. 15/08/2011, destaques nossos)

INDENIZATÓRIA - Serviços de telefonia - Aparelho celular roubado - Comunicação à operadora - Cobrança reiterada e negativação no Serasa - Dano moral configurado.

(...) A prestação de serviço público importa a assunção dos deveres de qualidade, eficiência e segurança, sob pena de responder objetivamente pelo dano causado ao consumidor (CDC, art. 22, *caput* e parágrafo único, e art. 14, *caput* e § 1º). (...) *No magistério de Leonardo de Medeiros Garcia, a indenização*

11 GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23925>>. Acesso em: 21 maio 2013.

pela perda do tempo livre é possível: “Situações intoleráveis, em que há desídia e desrespeito aos consumidores, que muitas vezes se vêem compelidos a sair de sua rotina e perder o tempo livre para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores. Tais situações fogem do que usualmente se aceita como ‘normal’, em se tratando de espera por parte do consumidor. São aqueles famosos casos de ‘call center’ em que se espera durante 30 minutos ou mais, sendo transferido de um atendente para outro. Nesses casos, percebe-se claramente o desrespeito ao consumidor, que é prontamente atendido quando da contratação, mas, quando busca o atendimento para resolver qualquer impasse, é obrigado, injustificadamente, a perder seu tempo livre” (Leonardo de Medeiros Garcia, Direito do Consumidor - Código Comentado e Jurisprudência, 6ª ed., Niterói/RJ, Editora Impetus, 2010, p. 67). *E como se vê nestes autos, a experiência vivenciada pelo autor foi um verdadeiro teste de paciência.* A situação se agrava ao se constatar que o consumidor foi submetido a tal calvário por longo período. Evidente que a sociedade empresária não somente violou o dever anexo de cooperação, mas também o de transparência e veracidade da informação. A boa-fé objetiva foi totalmente ignorada pela sociedade empresária. (TJ/SP, *Apelação Cível nº 0003612-88.2006.8.26.0404*, 19ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ricardo Negrão, j. 15/08/2011, destaques nossos)

INDENIZATÓRIA. CARTÃO DE CRÉDITO. DÍVIDA NÃO RECONHECIDA.

1- Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais, fundamentada em indevida cobrança em fatura de cartão de crédito, por desconhecer o autor as compras imputadas.

2- Erro reconhecido pelo réu, que se limitou a alegar que houve “erro de sistema”.

3- Falha na prestação do serviço. Responsabilidade civil da instituição financeira.

4- Autor que perdeu tempo com vários telefonemas tentando resolver, sem êxito, a cobrança indevida. Dano moral configurado in reipsa.

5- Recurso ao qual se dá parcial provimento tão somente para fixar a verba indenizatória no patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e condenar o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento) do valor da condenação, tudo na forma do art. 557, § 1º-A, do CPC.

(...) Tenho que o fato, admitido pelo próprio réu como erro de sistema e não solucionado administrativamente, é grave e no caso o autor foi vítima de serviço defeituoso, com a agravante de passar por inúmeros constrangimentos e aborrecimentos. A negligência das instituições financeiras em averiguar a veracidade das informações e dos documentos apresentados visando apenas o lucro está virando rotina e tal conduta deve ser reprimida de forma significativa com vistas a desestimular a reincidência. *Ressalte-se que não se trata de mero descumprimento contratual, mas sim de falha na prestação do serviço.* Nesse contexto, e tendo em vista que não houve maiores repercussões na esfera pessoal do autor e em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, do não enriquecimento sem causa e ainda do caráter punitivo e pedagógico, razoável a fixação da verba no de R\$ 3.000,00 (três mil reais) (...). (TJ/RJ, *Apelação Cível nº 0006634-82.2011.8.19.0208*, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Antonio Iloizio B. Bastos, j. 25/06/2012, destaques nossos)

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. PRAZO DE GARANTIA LEGAL E CONTRATUAL QUE SE SOMAM. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 50 DO CDC. PRECEDENTES DA TURMA. PRODUTO NÃO REPA-



RADO NO PRAZO DO ARTIGO 18, § 1º, DO CDC. AGRAVAMENTO DA CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. “DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR” PELO TEMPO DESPERDIÇADO. DANO EXTRA REM. DANOS MORAIS INDENIZÁVEIS. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO OU À RESTITUIÇÃO DO PREÇO. DANOS MORAIS. RECURSO PROVIDO.

(...) E, diante da não-resolução do problema no trintídio, forçando o consumidor a ingressar em juízo, acarretando o agravamento da condição de vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica, ou o que o autor MARCOS DESSAUNE chamou em sua obra de “DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR”, ou seja, o tempo desperdiçado na resolução de um problema que deveria ter sido resolvido rapidamente pelo fornecedor, há danos morais indenizáveis (...).

(TJ/RS. Recurso Inominado nº 71003680824, 3ª Turma Recursal Cível, Relator Desembargador Fabio Vieira Heerdt, j. 12/07/2012, destaques nossos) APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONSUMIDOR. ATRASO NO VÔO. PERDA DE VOO

NO DESTINO. ATRASO DE MAIS DE 10 (DEZ) HORAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. MINORAÇÃO.

(...)

3. Danos morais: comprovados os transtornos sofridos pelo autor, em virtude do atraso do seu vôo de partida, o que culminou na perda de outro vôo, que o levaria ao destino final, o que ocasionou atraso de mais de 10 (dez) horas. Além do atraso e do tempo gasto na espera por um vôo que saísse de Paris para Milão, o demandante amargurou oito horas de espera no aeroporto na cidade francesa sem a devida assistência.

(...) No caso, o demandante, ao perder o vôo que o levaria a Milão/ITA, foi obrigado a permanecer no aeroporto de Paris por mais de 08 (oito) horas, até que a empresa aérea providenciasse outro vôo que o levasse a Milão. E esse atraso ocasionou a chegada ao destino apenas às 23 horas, sendo que o horário previsto era 14h45m. Logo, a perda de praticamente um dia de viagem, considerando que eram 12 (doze) os dias de viagem, cumulado com o transtorno causado ao autor, além das 08 (oito) horas de espera no aeroporto francês, é causa a ensejar o ressarcimento por danos morais. Por sua vez, o dano moral, por ser de ordem subjetiva e pessoal, referente a direitos de personalidade, nesses casos, é presumido e independente de prova para sua configuração, pela dificuldade de produzi-la em juízo, ou seja, é dano de ordem *in reipsa*, inerente ao próprio fato ocorrido. (...) minoro a indenização para 8.000,00 (oito mil reais) (...).

(TJ/RS, Apelação Cível nº 70053505764, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, j. 09/05/2013, destaques nossos)

APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - EMPRESA AÉREA - ATRASO DE VOO - LONGO TEMPO DE ESPERA - PERDA DE CONEXÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS - DEVER DE RES-

SARCIR - VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - MAJORAÇÃO - ADMISSIBILIDADE - CARÁTER PEDAGÓGICO DA CONDENAÇÃO.

- Responde a empresa aérea civilmente pelos danos materiais e morais advindos do atraso de voo por período considerável, mormente quando o passageiro perde conexão internacional e não comprova a companhia ter prestado toda a assistência material necessária para diminuir os transtornos sofridos.

- Conquanto o arbitramento do valor da indenização por dano moral seja de livre arbítrio do julgador, admite-se a sua majoração visando atender ao caráter punitivo-pedagógico da condenação, tendo em vista as condições econômicas do ofensor, desde que não implique enriquecimento sem causa do ofendido. (TJ/MG, *Apelação Cível nº 0092395-44.2011.8.13.0145*, 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador José de Carvalho Barbosa, j. 21/03/2013, destaques nossos)

Por todo o exposto, entendemos que o dano decorrente da perda do tempo útil é passível de gerar responsabilidade civil, seja

sob o manto do abuso de direito, ou albergado pelo vício ou fato do serviço.

Logo, sob qualquer forma que se apresente, o tempo deve ser considerado um bem jurídico merecedor de tutela.

6. Conclusão.

O tempo, como já dito anteriormente, é um relevante bem jurídico, passível de proteção jurídica, do qual só o titular pode dispor.

Hodiernamente, o tempo que a maioria dispõe não supre suas necessidades diárias, sendo mister seu melhor aproveitamento sob pena de possíveis prejuízos, de todas as ordens: pessoais, profissionais e econômicas.

A possibilidade de se indenizar alguém pelo desperdício injusto e intolerável de seu tempo livre está dentro do bom senso que se espera na interpretação do Direito, principalmente à luz do regramento da responsabilidade civil decorrente do abuso de direito ou, ainda, da responsabilidade civil oriunda do Código de Defesa do Consumidor, além da equidade que deve guiar o aplicador da norma visando à manutenção da Justiça.

Bibliografia.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/dano_moral_em_caso_de_descumprimento_de_obrigacao_contratual.pdf>. Acesso em: 21 maio 2013.

BRASIL. TJ/MG, *Apelação Cível nº 0092395-44.2011.8.13.0145*, 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador José de Carvalho Barbosa, j. 21/03/2013.

_____. TJ/RJ, *Apelação Cível nº 0006634-82.2011.8.19.0208*, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Antonio Iloizio B. Bastos, j. 25/06/2012.

_____. TJ/RS, *Apelação Cível nº 70053505764*, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, j. 09/05/2013.

_____. TJ/RS. *Recurso Inominado nº 71003680824*, 3ª Turma Recursal Cível, Relator Desembargador Fabio Vieira Heerdt, j. 12/07/2012.

_____. TJ/SP, *Apelação Cível nº 0003612-88.2006.8.26.0404*, 19ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ricardo Negrão, j. 15/08/2011

_____. TJ/SP, *Apelação Cível nº 9057469-36.2009.8.26.0000*, 19ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ricardo Negrão, j. 15/08/2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23925>>. Acesso em: 21 maio 2013.

_____. ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paula: Saraiva, 2012.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 21 maio 2013.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. v.4.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. São Paulo: Método, 2006. v.2.

Princípios constitucionais gerais e seguridade social: aplicações práticas



Renato Barth Pires

Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC/SP.

RESUMO: O trabalho examina a aplicação concreta dos princípios constitucionais gerais em questões relativas ao Direito da Seguridade Social (direito à saúde, direito à assistência social e direito à previdência social).

ABSTRACT: The article examines the practical application of the general constitutional principles on issues concerning the Law of Social Security (right to health, right to social welfare and right to social security).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios e regras jurídicas. 3. Princípios constitucionais gerais. 3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.2. Princípio da legalidade. 3.3. Princípio da igualdade ou isonomia. 3.4. Garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição das provas obtidas por meios ilícitos, razoável duração do processo, etc.). 3.4.1. Cancelamento de benefício ou revisão do ato de concessão sem a participação do beneficiário. 3.4.2. A cessação dos benefícios por incapacidade mediante o sistema de “alta programada” (a Cobertura Previdenciária Estimada). 3.5. Do princípio da segurança jurídica. A garantia do direito adquirido. O princípio da proibição do retrocesso. 4. Conclusões. Referências.

1. Introdução.

A proposta deste trabalho é examinar alguns *princípios constitucionais gerais* e sua aplicação concreta a questões relacionadas à seguridade social, em suas três vertentes (saúde, previdência social e assistência social).

A Constituição Federal de 1988 destaca, em seu artigo 194, parágrafo único, certos *objetivos* a serem alcançados pelo sistema de seguridade social. São estes os temas que a doutrina específica acaba por se debruçar, denominando-os *princípios da seguridade social*. Mas um exame global da Constituição da República mostra que há vários outros princípios aplicáveis à seguridade social que não são exclusivos desta, mas que com ela se relacionam por força do próprio sistema constitucional.

O plano a seguir desenvolvido passa por uma distinção inicial, sumária, entre regras e princípios jurídicos, bem como a análise da função destes no sistema constitucional. Pretende-se também enfatizar a importância da interpretação dos direitos à saúde, previdência e assistência social a partir de um enfoque essencialmente constitucional. Depois disso, serão examinados os tais princípios constitucionais gerais e suas implicações práticas no subsistema da seguridade social.

2. Princípios e regras jurídicas.

Antes de examinar cada um dos princípios constitucionais gerais aplicáveis à seguridade social, é necessário fazer uma distinção entre *regras* e *princípios jurídicos*.

O tema envolve uma complexidade que não é compatível com a proposta deste trabalho.¹ De toda forma, é possível afirmar que os

princípios jurídicos constituem, ao lado das *regras jurídicas*, espécies de *normas jurídicas*.

Temos um *gênero*, portanto (as *normas jurídicas*), que comporta *duas espécies* (*regras jurídicas* e *princípios jurídicos*).

A primeira conclusão que decorre dessa categorização diz respeito à *aptidão das normas para produzir efeitos jurídicos*. Assim, todas as normas jurídicas, quer regras, quer princípios, produzem efeitos jurídicos. Poderá variar a intensidade ou a qualidade desses efeitos. Mas não se recusa a quaisquer dessas normas a possibilidade de produzir efeitos jurídicos, em maior ou menor grau.

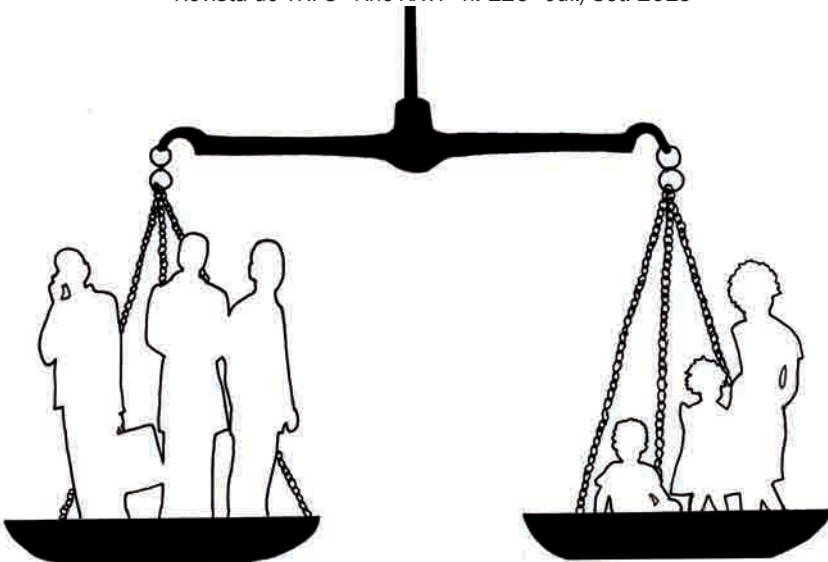
Essa mesma distinção também ocorre no plano constitucional, de tal modo que os princípios constitucionais possuem plena aptidão para produzir efeitos jurídicos.

Os princípios são distintos das regras quanto ao seu *objeto* e *grau de abstração*. Os princípios têm uma baixa carga normativa, não pretendendo disciplinar diretamente uma relação ou situação jurídica. Sua finalidade é, em suma, transmitir *valores*, daí serem normalmente veiculados em termos mais abstratos, o que também reforça sua aptidão para servirem de critérios para interpretação do ordenamento jurídico.

Assim, por exemplo, o artigo 193 da Constituição Federal, ao estabelecer que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, está claramente enunciando quais são os *valores* que devem inspirar o intérprete e o aplicador do Direito. Os termos utilizados são realmente um tanto quanto abstratos. Afinal, qual é o exato significado da expressão *justiça social*?

¹ Consultem-se, dentre muitos autores: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito

Constitucional, 1997. Também do primeiro autor: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316-328. Para uma análise da contribuição crítica de Ronald Dworkin e Robert Alexy para o desenvolvimento do tema, ver: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73-75.



Já as *regras* jurídicas têm uma característica inversa, na medida em que sua finalidade é a disciplina direta de uma relação jurídica específica. Por isso que se diz, corretamente, que as regras têm uma alta carga normativa e, simultaneamente, uma baixa carga valorativa (ou axiológica).

É o que ocorre, por exemplo, com o artigo 201, § 7º, I, da Constituição Federal, que assegura a aposentadoria, no regime geral de previdência social – RGPS, a quem alcança 35 anos de contribuição, se homem, ou 30 anos de contribuição, se mulher. Nesta norma constitucional não há valor algum, em si, apenas uma *disciplina direta* de uma relação jurídica: quem cumpre esse tempo de contribuição tem direito à aposentadoria.

Feita essa distinção, é importante recordar que os princípios jurídicos (e também constitucionais) assumem um papel relevantíssimo no sistema jurídico, particularmente o de orientar e condicionar a *interpretação*, a *integração* e a *aplicação* das normas jurídicas (não apenas constitucionais).

A *interpretação*, vale lembrar, é o procedimento que consiste em “atribuir um sentido ou um significado a signos ou a símbolos, dentro de determinados parâmetros”,² ou

“extrair o significado de um texto”.³ Em outro sentido, interpretar é “descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos”.⁴ Por meio da interpretação determina-se o sentido e o alcance das expressões do Direito, de modo a extrair da norma todo o seu conteúdo.⁵

Não é por acaso que Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que os princípios são *vetores para soluções interpretativas*.⁶ O vetor é um termo originário da Matemática, que é representado por uma reta orientada por uma seta (→). Esta representação figurativa bem mostra a importância dos princípios, como indicadores dos “caminhos” que a interpretação jurídica deve seguir, das “direções” a serem trilhadas na interpretação.

A *integração* tem lugar nas hipóteses em que não há no sistema jurídico em questão uma norma que regule especificamente os fatos em análise. Para essas situações é que se deve recorrer à *analogia*, aos *costumes* e aos *princípios gerais de direito*, conforme prevê o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil).⁷ A adoção dessas técnicas faz com que o ordenamento jurídico permaneça *íntegro* (daí a “*integração*”).

A *aplicação*, finalmente, diz respeito

2 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 17.

3 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 59.

4 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 381. Note-se aqui a diferença terminológica entre os dois autores. Enquanto Maria Helena Diniz fala em “descobrir” o sentido da norma, evidenciando uma conduta que apenas retira o que já existe nela, Celso Ribeiro Bastos prefere o verbo “atribuir”, denotando uma característica fundamental da interpretação, que é integrar o texto interpretado.

5 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Hermenêutica constitucional*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 59/60, jul./dez. 1981, p. 46.

6 Citado por: TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22.

7 “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

ao procedimento de concretização da norma jurídica abstrata, que ocorre ao final do processo de interpretação. É, como ensina Luís Roberto Barroso, “o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes”.⁸

Em todos esses momentos, portanto, é possível recorrer aos princípios jurídicos para a solução de uma controvérsia concreta.

Aqui também reside uma importância teórica, mas não desprezível, na distinção entre regras e princípios. Como as regras pretendem apenas disciplinar uma relação jurídica específica, seus efeitos jurídicos estão limitados a essa mesma relação jurídica. Há uma tendência na doutrina de denominar “princípio” normas jurídicas que são simples regras, o que não é tecnicamente correto, nem juridicamente aceitável.⁹

Observe-se que o conhecimento do conteúdo e do alcance dos princípios, especialmente os princípios constitucionais informadores da seguridade social, não se dá apenas por uma questão de diletantismo, nem se trata de conhecimento secundário ou desnecessário para o operador do Direito.

Na verdade, há uma necessidade bastante prática daquele que milita na área previdenciária, principalmente na advocacia, que é a sua importância para a *defesa contra o legislador (ordinário ou constitucional)*.

As reformas previdenciárias que o Brasil vem sucessivamente experimentando estão mostrando uma tendência normativa de *dificultar* o acesso a benefícios previdenciários. As reformas realizadas, tanto na Constituição Federal como na Lei nº 8.213/1991, vieram todas elas para postergar a concessão de benefícios previdenciários, negar sua concessão, ou mesmo para diminuir o valor desses benefícios.

Uma simples análise do direito comparado, mesmo à distância, também permite ver que se trata de um fenômeno global. As populações em geral estão envelhecendo e a maior parte dos sistemas previdenciários caminha para uma situação de dificuldades atuariais, em que há dúvidas razoáveis a respeito da possibilidade de que as contribuições hoje vertidas sejam suficientes para custear os benefícios previdenciários no futuro.

Em suma, o futuro não parece muito promissor para o segurado da previdência social, independentemente do regime de previdência que esteja sendo examinado.

Nesse contexto, é evidente que o estudioso do Direito da Seguridade Social não pode dispensar o conhecimento das limitações à reforma da Constituição. Se a competência para modificação da Constituição Federal está sujeita a limites, o conhecimento dessas vedações é indispensável para obstar, inclusive em juízo, se for o caso, a incidência concreta dessas normas introduzidas na Constituição em desacordo com tais vedações.¹⁰

8 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269-270.

9 Um exemplo disso é a norma prevista no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, que estabelece que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Wladimir Novaes Martinez a denomina “princípio da relação entre custeio e prestações”. (*Princípios de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 265-266) Com a devida vênia, parece-nos que se trata de simples regra constitucional, cuja importância é indiscutível, mas que esgota nela própria sua aptidão para produção de efeitos jurídicos. Melhor seria, portanto, denominá-la *regra de preexistência (ou precedência) do custeio em relação aos benefícios*, ou, como prefere parte da doutrina, *regra da contrapartida*. (por exemplo, SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43)

10 Uma das características do poder constituinte derivado (de reforma da Constituição) é a presença de *limitações* ou *vedações*, todas elas estabelecidas no artigo 60 da Constituição Federal. Estas limitações podem ser: a) *materiais*: são as matérias que não podem ser objeto de alteração, as cláusulas pétreas do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal (a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais); b) *circunstanciais*: são as situações ou circunstâncias durante as quais a Constituição não pode ser emendada (intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa); e c) *formais* ou *procedimentais*, que dizem respeito ao processo legislativo da emenda (regras específicas de iniciativa, quórum, turnos de votação, reapresentação, etc.). As vedações ou limitações materiais previstas

Além disso, mesmo em uma conjuntura de estabilidade constitucional, parece claro que o legislador ordinário só pode atuar em harmonia com o que estabelece a Constituição Federal.

Por força do denominado *princípio da constitucionalidade*, não se tolera a permanência no interior do sistema constitucional de uma norma que com ele seja incompatível.¹¹ Trata-se de uma verdadeira situação de *anormalia sistêmica*, que acaba desencadeando várias formas processuais destinadas à correção dessa anormalidade.

Assim, o legislador ordinário não pode estabelecer restrições ou proibições em desacordo com a Constituição Federal, muito menos legislar em sentido contrário ao imposto pelos princípios constitucionais que orientam a seguridade social. Basta lembrar aqui que os princípios são “vetores”, indicam os “caminhos” que o legislador deve seguir. Os desvios nesse “itinerário” devem ser sancionados com o vício da *inconstitucionalidade*.

no artigo 60, § 4º, da CF, são as *limitações expressas ou explícitas*, isto é, que estão especificamente indicadas na Constituição. Mas a doutrina faz constante referência, também, às *limitações implícitas*, isto é, as limitações que não estão escritas na Constituição, mas decorrem do sistema. Alguns exemplos: 1) o artigo 60, § 4º da Constituição, que traz o rol de cláusulas pétreas, mas não é, em si mesmo, uma delas: mas é uma vedação implícita; se não fosse, suprimia-se o § 4º e, no dia seguinte, suprimem-se os direitos individuais, a forma federativa de Estado, etc.; 2) o procedimento da emenda: o procedimento não pode ser alterado, nem para facilitar, incluindo, por exemplo, novos legitimados: só o poder constituinte originário pode estabelecer o procedimento para modificação da Constituição; 3) os princípios fundamentais (para parte da doutrina): são tão essenciais à existência e ao funcionamento do Estado que seriam imodificáveis.

- 11 A respeito do princípio da constitucionalidade, confira-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 240. Este autor prefere situar o princípio da constitucionalidade em sua vertente mais ampla, referindo-se ao *princípio da conformidade dos atos do Estado à Constituição*. Trata-se de um pressuposto material do princípio do Estado de Direito. Não há Estado de Direito quando não vigorar, em determinado sistema jurídico, o princípio da supremacia da Constituição. O autor acrescenta, ainda, que o princípio da constitucionalidade é ferido não apenas quando *atos positivos* violem a Constituição, mas também quando há *omissão* do dever de legislar imposto por normas constitucionais.

Veja-se, assim, que o exame da compatibilidade das leis previdenciárias e assistenciais com a Constituição Federal constitui uma operação lógica preliminar e obrigatória para o exame de qualquer questão. Antes de cogitar da aplicação da lei sobre o caso concreto, essa lei deve ser submetida a um juízo prévio sobre sua constitucionalidade. Somente no caso de estar em harmonia com o Texto Constitucional é que poderá validamente incidir sobre os fatos em questão.

3. Princípios constitucionais gerais.

A seguridade social é orientada por princípios constitucionais que se podem denominar *gerais*, que não se confundem, como visto, com aqueles objetivos enunciados no artigo 194, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Como o próprio nome indica, não são princípios específicos da seguridade social, mas princípios que espraíam efeitos sobre todo o sistema constitucional. Sua aplicação às questões relativas à previdência social, assistência social e saúde tem peculiaridades que merecem ser destacadas, o que será feito nos itens a seguir.

3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

A dignidade da pessoa humana é considerada um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, um dos *princípios fundamentais* que integram o Título I da Constituição Federal.

A expressão *pessoa humana* é por vezes criticada, principalmente por estudiosos da Língua Portuguesa, por sua tautologia, como se pudesse haver uma pessoa “não humana”. Apesar disso, trata-se de terminologia adotada expressamente pela Constituição, que deve ser utilizada até mesmo por uma questão de coerência e fidelidade às opções constituintes.

Este princípio vem sendo invocado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

– STF como relevante critério de interpretação do Direito, nas mais diversas áreas. Assim, por exemplo, para sustentar a validade da gratuidade de transporte público às pessoas com deficiência; para reconhecer a constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias; para reconhecer a qualidade de entidade familiar às uniões homoafetivas; para autorizar a interrupção da gestação do feto anencéfalo, etc.¹²

Também o Superior Tribunal de Justiça – STJ, especificamente em questões previdenciárias, já adotou o princípio para admitir que a prorrogação do período de graça em decorrência do desemprego possa ser comprovada por outros meios, que não o registro no Ministério do Trabalho (art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/1991).¹³ A própria Constituição Federal o indica como fundamento para a adoção do planejamento familiar (art. 226, § 7º).

Há, ademais, precedentes que o invocam para justificar a condenação do Poder Público a oferecer prestações concretas em

matéria de saúde.¹⁴ Outros julgados, com fundamento no mesmo princípio, têm considerado imprescritível a pretensão de haver uma indenização do Estado por parte de vítimas de tortura.¹⁵

Em verdade, em um sistema constitucional destinado a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” (preâmbulo), que tem como um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos (art. 3º, IV), a dignidade da pessoa é, de fato, um dos valores mais importantes do sistema, um verdadeiro *princípio constitucional impositivo*.¹⁶

A respeito desse tema, Flávia Piovesan esclarece que:

O valor dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores

12 ADIn 2.649, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 16/10/2008; ADIn 3.510, Relator Ministro Ayres Britto, DJe 27/05/2010; ADIn 4.277 e ADPF 132, Relator Ministro Ayres Britto, DJe 13/10/2011; ADPF 54-QO, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 30/08/2007.

13 “(...) 2. No que diz respeito à hipótese sob análise, em que o requerido alega ter deixado de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, incide a disposição do inciso II e dos §§ 1º e 2º do citado art. 15 de que é mantida a qualidade de segurado nos 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, podendo ser prorrogado por mais 12 (doze) meses se comprovada a situação por meio de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. 3. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, esse dispositivo deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado que, por esse motivo, encontra-se impossibilitado de contribuir para a Previdência Social. 4. Dessa forma, esse registro não deve ser tido como o único meio de prova da condição de desempregado do segurado, especialmente considerando que, em âmbito judicial, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz e não o sistema de tarifação legal de provas. Assim, o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada tal situação por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal (...)”. (STJ, Pet 7.115, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 06/04/2010)

14 Ver, exemplificativamente, no STF, STA 223-AgR, Relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, DJe 08/04/2014, noticiado no Informativo nº 502 do STF. No TRF 3ª Região, AC 0034156-86.2004.4.03.6100, Relator Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, e-DJF3 18/08/2009.

15 “(...) A prática de tortura, que se caracteriza por ofender diretamente o valor constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, é imprescritível, razão pela qual não se lhe opõe a regra do art. 1º do Decreto nº 20.910/32”. (TRF 3ª Região, AC 2006.61.00.003907-2, Relator Juiz Federal Convocado Renato Barth, e-DJF3 20/07/2012)

16 Os princípios constitucionais impositivos, ensina Canotilho, são “todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 1040)

passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.¹⁷

No mesmo sentido, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior conclui que

A Constituição articulou todo um sistema adequado de proteção aos direitos humanos. E diz, também, que um dos fundamentos da República é exatamente a dignidade da pessoa humana, que constitui, em verdade, o suporte de todos os direitos humanos consagrados. De maneira que qualquer interpretação que se fizer a respeito de garantias deve ter sempre em mente que é a dignidade do ser humano, fundamento da República, que deve orientar esta interpretação.¹⁸

O que a dignidade da pessoa humana certamente assegura é uma proteção constitucional expressa ao que se denomina *mínimo existencial*, impondo ao Estado não apenas um dever genérico de abstenção, mas também de oferecer prestações mínimas essenciais à subsistência do indivíduo com dignidade. Como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana implica “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (...)”.¹⁹

Por exemplo, em matéria relativa aos direitos sociais, com fundamento na dignidade da pessoa humana, o STF já reconheceu que o direito ao atendimento em creche e em pré-escola (art. 208, I e IV, da CF) constitui *direito subjetivo*, que deve ser assegurado às crianças de forma absoluta, independentemente de qualquer avaliação discricionária por parte do Administrador Público.²⁰

A doutrina do mínimo existencial, todavia, pode se prestar a alguns equívocos, como a concepção de que os direitos sociais podem ser *esvaziados ao máximo*, preservando apenas o “*mínimo do mínimo*”.²¹ Na verdade, assegurar um mínimo existencial significa reconhecer a eficácia jurídica dos direitos sociais e, simultaneamente, admitir como necessária e inevitável uma progressiva expansão desses direitos.

Neste sentido é que a Constituição Federal de 1988 assegura um direito à “progressiva universalização do ensino médio gratuito” (art. 208, II). Se o ensino médio gratuito não se constitui em direito subjetivo, tem ao menos algum conteúdo jurídico que permitirá ao

direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62, destacamos.

17 PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*. Escola de Magistrados. Seminário: Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: IMESP, 1997, p. 42.

18 CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. O Judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*. Escola de Magistrados. Seminário: Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: IMESP, 1997, p. 58.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e*

20 ARE 639.337-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 14/09/2011. A teoria do mínimo existencial já foi invocada, também, como critério de interpretação da impenhorabilidade do bem de família (STJ, REsp 950.663, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 23/04/2012); como fundamento para assegurar a internação de paciente em unidade de terapia intensiva (STJ, REsp 1.068.731, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 08/03/2012); como técnica de verificação da presença do direito à assistência jurídica integral e gratuita (TRF 2ª Região, AC 2002.51.01.015269-1, Relator Juiz Federal Convocado Antônio Henrique C. da Silva, e-DJF2 21/01/2014); para justificar a condenação do Estado ao fornecimento de medicamentos (TRF 5ª Região, ApelReex 0001113-40.2012.4.05.81.0001, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJe 27/03/2014); para condicionar a reintegração de posse de área de preservação permanente à designação de outro local para moradia do possuidor (TRF 4ª Região, AC 2005.04.01.020586-8, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, DE 04/11/2009), etc.

21 Como bem alerta MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 314-315.

Poder Judiciário fazer um juízo de ponderação de valores e, se for o caso, reconhecer que o Estado não está se desincumbindo do dever de oferecer *progressivamente* essa gratuidade.

Como técnica auxiliar da interpretação jurídica nas questões relativas à previdência social, assistência social e saúde, é possível indicar algumas situações em que o princípio da dignidade da pessoa humana tem plena incidência:

1) No dever do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Poder Judiciário de levarem em consideração as *condições pessoais* daquele que pretende a concessão de um benefício por incapacidade (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente). Assim, não cabe analisar apenas a capacidade (ou incapacidade) para o trabalho, mas eventuais restrições examinadas em conjunto com fatores tais como idade, grau de instrução, histórico de atividades profissionais, etc. É claro que um jovem universitário, que exerça uma atividade administrativa, portador de uma hérnia de disco irradiante, não terá as mesmas restrições para o trabalho que uma pessoa com a mesma doença, mas que tenha 58 anos de idade, com reduzido grau de instrução, e que tenha trabalhado durante toda sua vida em serviços braçais.²²

2) Na avaliação global da extensão das limitações postas à *pessoa com deficiência*, pretendente ao benefício assistencial (BPC) da Lei Orgânica da assistência social (Lei nº 8.742/1993). O benefício em questão tem como uma de suas finalidades a superação das barreiras sociais causadas pela defi-

ciência. A concessão do benefício, portanto, poderá servir diretamente para restauração da dignidade fundamental da pessoa.

3) Como critério de interpretação da condição de “miserabilidade”, também para efeito de concessão do *benefício assistencial* (BPC) ao idoso ou à pessoa com deficiência.²³

4) No exame de situações concretas que, apesar de não previstas no Regulamento da Previdência Social, submetam o segurado a condições de trabalho potencialmente prejudiciais à sua saúde, para fins de concessão de *aposentadoria especial* (art. 201, § 1º, da CF; arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991).



5) Na ponderação da extensão do conceito de *dependência econômica*, para fins de concessão de pensão por morte a pais ou mães de segurados falecidos (art. 16, II e § 4º, da Lei nº 8.213/1991).

6) Para afirmar a tese da *irrepetibilidade de benefícios* previdenciários ou assistenciais recebidos de boa-fé, ainda que irregularmente.²⁴

²² Em sentido diverso ao aqui sustentado é a Súmula nº 77 da TNU – Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais: “O julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual”. Mas estas condições deverão ser examinadas no caso da perícia que conclui pela presença de uma incapacidade parcial, conforme a Súmula nº 47 da TNU: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”.

²³ STJ, REsp 1.112.557, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 20/11/2009.

²⁴ Nesse sentido, no TRF 3ª Região, AC 0002327-15.2013.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, e-DJF3 22/05/2013; ApelReex 0007793-

7) Como parâmetro para verificação de efetiva ocorrência de *danos morais* indenizáveis, em razão da demora excessiva na análise do pedido administrativo do benefício.²⁵

8) Para autorizar, em conjunto com o princípio da persuasão racional (art. 131 do CPC de 1973), que o juiz desconsidere as conclusões da perícia judicial e conceda o benefício por incapacidade (aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio acidente) ou o benefício assistencial à pessoa com deficiência com base em outros elementos trazidos aos autos.²⁶

9) Para fazer prevalecer, em matéria de previdência do servidor público, as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) sobre as leis específicas do Estado-membro, reconhecendo o direito à pensão ao menor sob guarda judicial.²⁷

31.2009.4.03.6183, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, e-DJF3 22/05/2013. Ver, a respeito desse tema, o item 3.4.1., *infra*.

25 TRF 3ª Região, AC 0012303-15.2009.4.03.6110, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, e-DJF3 26/04/2013.

26 STJ, AGA 1.342.636, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 17/12/2010; TRF 3ª Região, AC 0008604-91.2010.4.03.6106, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, e-DJF3 26/03/2013.

27 "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. 1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica. 2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração,

10) Para admitir em matéria previdenciária, em hipóteses excepcionais, a antecipação dos efeitos da tutela de ofício, isto é, mesmo sem pedido expresso do autor.²⁸

Como se vê, é possível invocar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa também em *questões processuais*, de forma a tornar efetiva a tutela judicial nessas questões.

3.2. Princípio da legalidade (art. 5º, II; art. 37 da CF).

O princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, com estatura de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). Essa norma constitucional estabelece que "ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei".

É expressão fundamental do Estado de Direito, do regime em que *todos* (indivíduos, pessoas jurídicas privadas e o Estado) estão sujeitos ao respeito às leis, isto é, aos atos normativos dotados de generalidade e abstração, aprovados pelo Parlamento de acordo com o procedimento fixado na Constituição.

violência, crueldade e opressão. 4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. 5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei nº 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II). 6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor. 7. Recurso ordinário provido". (STJ, RMS 36.034, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 15/04/2014)

28 STJ, REsp 1.309.137, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 22/05/2012. Observe-se, todavia, que a determinação judicial para implantação de um benefício constitui *obrigação de fazer* e, como tal, pode ser imposta de ofício, como autoriza expressamente o artigo 461, § 3º, do CPC de 1973.

A norma em questão vem reforçada pela previsão do artigo 37, *caput*, que inclui a legalidade dentre os valores fundamentais a serem observados pela Administração Pública.

Os benefícios previdenciários e assistenciais são concedidos pelo INSS, que é uma *autarquia federal*, integrante da Administração Pública indireta. As prestações de saúde pública, por sua vez, são na sua maior parte concedidas por entes públicos. Assim, a legalidade é um dos vetores fundamentais que incidem diretamente nas questões relativas à seguridade social.

Do princípio da legalidade decorre uma consequência importante, relativa à conformação constitucional do chamado *poder regulamentar* (ou *competência regulamentar*). A respeito desse tema, o artigo 84, IV, da Constituição Federal atribui ao Presidente da República competência privativa para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como *expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*; (...)”. Assim, no sistema constitucional brasileiro, o exercício da competência regulamentar pelo Chefe do Poder Executivo está restrito às hipóteses em que deva interferir para *prover a fiel execução das leis*, isto é, esclarecer a forma com que a lei será executada. Trata-se de orientação dirigida fundamentalmente à própria Administração Pública, portanto. Nesses termos, o regulamento não pode criar obrigações ou estabelecer restrições ou proibições não previstas em lei. Não pode, em suma, *innovar originariamente o ordenamento jurídico*, tarefa que está reservada apenas à própria lei.

Essa estrita submissão à lei é reforçada pelo disposto no artigo 49 do Texto Constitucional, que atribui ao Congresso Nacional a competência para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (inciso V). Se o Presidente da República, ainda que a pretexto de regulamentar uma lei, extrapolar esses limites constitucionais, seu regulamento poderá ter seus efeitos

sustados por ato do Congresso Nacional.

A mesma orientação é aplicável, *com muito maior razão*, aos atos administrativos infralegais, expedidos por autoridades subordinadas ao Presidente da República, caso dos Ministros de Estado, do Secretário da Receita Federal do Brasil, do Presidente do INSS (ou dos órgãos colegiados da autarquia), etc.

Assim, quando o Presidente do INSS expede uma de suas instruções normativas a respeito da concessão de benefícios (caso da IN INSS/PRES nº 77/2015), deve absoluto respeito não só ao Regulamento da Previdência (Decreto nº 3.048/1999 e alterações), mas, particularmente, à Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS) e, em última análise, também à Constituição Federal.

A experiência de quem milita na prática do Direito Previdenciário mostra que os requerimentos administrativos às vezes são analisados à vista do que consta da instrução normativa, pouco importando se a instrução normativa está (ou não) de acordo com a Lei ou com a Constituição.²⁹ Daí a importância de que o INSS institua mecanismos de revisão permanente dessas instruções normativas, não apenas para conformá-las ao estrito cumprimento da Lei, mas também para que se adequem à interpretação da Lei feita pelos Tribunais.

29 É o que ocorreu, por exemplo, com a regra do artigo 234 da IN/INSS nº 45/2010, que, sem base legal, determinou que os segurados contribuintes individuais só têm direito à aposentadoria especial caso sejam filiados a cooperativas de trabalho ou de produção. A ilegalidade dessa regra foi reconhecida pela TNU no julgamento do PEDILEF 2008.71.51.000795-0, Relator Juiz Federal Rogério Moreira Alves, DOU 01/03/2013. O artigo 247, IV, da IN INSS/PRES nº 77/2015 reproduziu a regra, limitando-a, no entanto, para requerimentos apresentados a partir de 13/12/2012. A fixação deste marco temporal não serve para afastar a ilegalidade ainda presente na norma.

Há uma discussão interessante a respeito de situações em que a instrução normativa acaba por violar a lei, mas, em razão disso, resulta em uma interpretação mais favorável ao segurado. É o caso, por exemplo, da possibilidade de suspensão e interrupção de prazos decadenciais (art. 441, § 1º, da IN INSS/PRES nº 45/2010),³⁰ fenômenos vedados pelo artigo 207 do Código Civil, que só os admite de haver “disposição legal em sentido contrário”. Ora, regra de instrução normativa não é uma “disposição legal”, ao menos para esse fim. De qualquer forma, uma interpretação extensiva, orientada pelos princípios da boa-fé e da moralidade administrativas, autoriza suplantar essa aparente ilegalidade.³¹

3.3. Princípio da igualdade ou isonomia (art. 5º, I, da CF).

O princípio da isonomia é daqueles que se encontra impresso em inúmeros dispositivos do Texto Constitucional, a começar pelo preâmbulo, indo aos artigos 3º, III; 4º, V; 5º, *caput* (por duas vezes) e I; 7º, XXXIV; 14; 37, XXI; 43, *caput* e § 2º, I; 150, II; 165, § 7º; 170, VII; 196; 206, I; 226, § 5º; 227, § 3º, IV, etc.

Ao contrário do que possa parecer, essa repetição não é inútil, pois revela uma nítida opção constituinte em prestigiar a igualdade como um valor basilar da ordem constitucional. Com essa disseminação da igualdade, percebe-se claramente que o constituinte entendeu adequada a sua reiteração até mesmo para servir de guia ao intérprete e ao aplicador das normas constitucionais e de toda a ordem jurídica. É como se a repetição pudesse servir para assentar a igualdade como norma constitucional fundante.

A aplicação concreta do princípio da isonomia é por vezes orientada por critérios quase que “intuitivos”, pouquíssimos afeitos ao valor constitucional da segurança jurídica. O problema é que o legislador infraconstitucional é, por sua própria natureza, “discriminatório”. Por exemplo, ao estabelecer que a pensão por morte dos filhos não inválidos deve cessar quando completarem 21 anos de idade, a Lei nº 8.213/1991 (art. 77, § 2º, II) é evidentemente “discriminatória”, isto é, está claramente distinguindo pessoas utilizando o critério etário. Essa discriminação não é, todavia, ao menos necessariamente, ofensiva ao princípio da isonomia.³² Como resolver concretamente os problemas que surgem?

Costuma-se delimitar o alcance desse princípio constitucional de acordo com a máxima de Aristóteles, que sustentava o tratamento “igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Rui Barbosa já afirmava, na *Oração aos Moços*, que “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”.³³

30 “Art. 441 (...) § 1º Em se tratando de pedido de revisão de benefícios com decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo, em que não houver a interposição de recurso, o prazo decadencial terá início no dia em que o requerente tomar conhecimento da referida decisão”. Regra de igual teor consta da atualmente vigente Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015 (artigo 568).

31 É o que fez o TRF 3ª Região, por exemplo, no julgamento da ApelReex 0001560-93.2011.4.03.6103, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, e-DJF3 19/09/2012.

32 No sentido da validade dessa regra: TRF 1ª Região, AMS 2005.40.00.003776-5, Relator Juiz Federal Convocado Henrique Gouveia da Cunha, e-DJF1 09/05/2014; TRF 3ª Região, AMS 0005897-22.2006.4.03.6000, Relator Desembargador Federal Therezinha Cazerta, e-DJF3 18/07/2013; AI 0008539-47.2011.4.03.0000, Relator Desembargadora Federal Marianina Galante, e-DJF3 10/09/2012; Súmula nº 74 do TRF 4ª Região (“Extingue-se o direito à pensão previdenciária por morte do dependente que atinge 21 anos, ainda que estudante de curso superior”); STJ, REsp 729.565, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 01/02/2006; REsp 639.487, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 01/02/2006; Súmula nº 37 da TNU (“A pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência do curso universitário”). Em sentido contrário, TRF 3ª Região, AC 0005354-06.2013.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, e-DJF3 26/06/2013.

33 É bastante curioso (e um tanto frustrante) observar como as palavras de Rui Barbosa permanecem atuais: “Todos são iguais perante a lei. Assim no-lo afirma, no parágrafo seguinte, esse artigo constitucional. (Art. 72, § 2º, da Constituição de 1891). Vêde, porém, como os fatos respondem à Constituição. Na Grã-Bretanha, sob a coroa de Jorge V, o arquiduque herdeiro da coroa d’ Áustria é detido na rua e conduzido à polícia como contraventor da lei, por haver o seu automóvel excedido à velocidade regulamentar. As mesmas normas se observavam no Brasil, sob o cetro de

Essas afirmações são essencialmente corretas, embora não solucionem as questões práticas que exigem que o intérprete identifique, em cada caso, quem ou quais situações são iguais, ou quem ou quais situações são desiguais.

Celso Antonio Bandeira de Mello foi um dos autores que melhor se debruçou sobre a questão, sustentando que a isonomia estará implementada quando estiverem presentes três elementos em perfeita harmonia. Em primeiro lugar, é preciso identificar qual é o fator utilizado com *critério discriminador*, isto é, qual o *discrímen*, qual o *elemento discriminador* incidente sobre o caso concreto (a idade, o gênero, a altura, a riqueza, etc.). É necessário verificar, em seguida, se há uma *correlação lógica* entre o elemento discriminador e o tratamento jurídico atribuído ao caso concreto, considerando a desigualdade verificada (há uma razoabilidade nessa discriminação?). Por fim, impõe-se verificar se existe afinidade entre essa correlação lógica já assinalada e *valores prestigiados pela ordem constitucional*.³⁴ É uma técnica que permite alcançar soluções menos “pessoais” ou “intuitivas” e mais próximas dos valores constitucionais fundamentais.

Em matéria previdenciária, é importante observar que a própria Constituição Federal estabeleceu uma série de “discriminações”. Alguns exemplos:

1) Fixação de prazos e idades diferentes,

D. Pedro II, quando o carro do imperador era multado, por atravessar uma rua defesa. Num e noutro caso a lei é igual para todos: todos são iguais ante a lei. Mas no Brasil destes dias, debaixo do bastão do Marechal Hermes, o seu secretário, por duas vezes, quando um guarda-civil lhe acena ao motorista com o sinal de aguardar, enquanto se dá passagem a outros carros, apeia irriminado, toma contas ao agente da lei, nota-lhe o nome, e imediatamente o manda punir com a demissão. Noutra ocasião é um general do Exército, que salta, iracundo e decomposto, do veículo, ameaçando com o seu revólver o policial que ousou exigir do automóvel menor celeridade na carreira”. (BARBOSA, Rui. *Igualdade perante a lei*. Coletânea forense para os estudantes de direito. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1959, p. 24-25)

34 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, passim.

entre homens e mulheres, para a aposentadoria por tempo de contribuição (art. 201, § 7º, I e II; art. 40, § 1º, III);

2) Seleção prévia das “contingências” sociais ou eventos merecedores de proteção previdenciária (art. 201, I a V);

3) Possibilidade de concessão de aposentadoria em condições diferenciadas para os segurados que trabalhem em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados com deficiência (art. 201, § 1º; art. 40, § 4º);

4) Autorização para que as contribuições para o custeio da seguridade social tenham alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho (art. 195, § 9º).³⁵

Em todos esses casos há uma “discriminação”, sem dúvida alguma. Mas há aí uma correlação lógica e razoável entre os critérios eleitos para a discriminação e as finalidades perseguidas, que, por seu vez, estão também em harmonia com os valores constitucionais aplicáveis ao caso.³⁶

Em outras situações, é a própria Constituição quem determina um tratamento legislativo igualitário, como é o caso dos benefícios

35 Trata-se, neste último caso, de uma questão tributária e não, propriamente, previdenciária.

36 É importante observar que, tratando-se de comparação entre duas *normas constitucionais originárias*, não há como concluir pela inconstitucionalidade de uma delas. A doutrina predominante, assim como a jurisprudência do STF, não admite as chamadas “normas constitucionais inconstitucionais”, ao menos no que se refere às normas postas como resultado do trabalho do poder constituinte originário. Assim, mesmo o confronto manifesto entre normas constitucionais originárias não poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade de uma delas. O confronto há de ser harmonizado por via da interpretação constitucional (ADI 815, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 10/05/1996). A solução será diferente se a norma em discussão foi introduzida por meio de *Emenda à Constituição*, que poderá ter sua inconstitucionalidade declarada se tiver infringido algumas das limitações ao poder constituinte derivado (ou à competência reformadora), previstas no artigo 60 da Constituição (ADI 939, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 18/03/1994).

devidos a segurados urbanos e rurais (art. 194, parágrafo único, II, da CF).

3.4. Garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição das provas obtidas por meios ilícitos, razoável duração do processo, etc.).

O devido processo legal é uma garantia constitucional expressamente prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A cláusula constitucional do devido processo legal não está relacionada exclusivamente com a tutela processual. O princípio do *due process of law* (expressão da língua inglesa que originou a correspondente na língua portuguesa) apresenta um *sentido genérico*, caracterizado pelo trinômio *vida-liberdade-propriedade*. Como lembra Nelson Nery Jr., “tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*”.³⁷ Incluem-se na proteção dessa garantia os direitos derivados da vida, liberdade e propriedade, como por exemplo, o direito à integridade moral, a liberdade religiosa e de manifestação de pensamento.

Além desse sentido geral, a doutrina situa o devido processo legal sob uma dupla perspectiva: o *devido processo legal processual* (*procedural due process*) e o *devido processo legal material* (*substantial due process*).

Para entender as duas dimensões do devido processo legal é necessário voltar às origens desse instituto, que remontam à Inglaterra de 1215, em que o Rei João Sem Terra se viu obrigado a outorgar à nobreza alguns direitos, pela primeira vez declarados em um

documento denominado *Magna Carta*.³⁸

O fato é que, desde então, o devido processo legal apresentava um sentido exclusivamente *processual*, como proteção do indivíduo no curso de um processo, perante uma autoridade judiciária. De início na jurisdição penal e depois passando para a jurisdição civil, esse sentido processual do *due process* estava previsto como um “princípio assecuratório da regularidade do processo, a ser observado nas várias instâncias judiciais”.³⁹

Dentre as garantias que integravam a regularidade do processo, podemos citar a proibição da condenação sem processo e julgamento, o direito ao júri, a proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, a vedação da autoincriminação, o direito à informação sobre a natureza da acusação, o direito à defesa e ao contraditório, etc.

Vale também destacar que o devido processo em sentido formal, como síntese das garantias processuais, tem igual relevância no *processo administrativo*. Como lembra Carlos Roberto de Siqueira Castro:

Foi natural consequência que essa garantia originariamente voltada à regularidade do processo penal, onde buscava adequar o *jus libertatis* dos acusados ao *jus puniendi* do Estado, transpusesse as fronteiras penalistas e se estendesse a todas as relações processuais, de maneira a abranger também o processo civil.⁴⁰

37 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

38 Redigida em latim com a finalidade mal disfarçada de limitar o acesso a seu conteúdo, como lembra Lucia Valle Figueiredo, a Carta refere-se à *law of the land, per legem terrae*. Só posteriormente, em uma lei inglesa denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, é que surgiu expressamente a expressão *due process of law*. Séculos mais tarde, acabou incorporada a algumas Constituições das ex-colônias inglesas na América do Norte, para depois figurar na própria Constituição dos Estados Unidos da América. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. In: QUADROS, Cerdônio (coord.). *Nova dimensão do direito administrativo*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1997, v. 1, p. 159)

39 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 34.

40 *Ibidem*, p. 38.

E prossegue o mesmo autor:

Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativas. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro.⁴¹

Vê-se, portanto, que *a partir da proleção do devido processo legal* erigem-se as demais garantias constitucionais do processo, em especial as garantias de *ampla defesa*, *contraditório*, *juiz natural*, *proibição das provas obtidas por meios ilícitos*, *razoável duração do processo* (e assim por diante), expressamente contemplados na Constituição Federal (art. 5º, XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI e LXXVIII).

Estas garantias, como visto, são igualmente aplicáveis ao processo judicial e ao processo administrativo, resultando em importantes salvaguardas contra o arbítrio da Administração Pública.

Mais tarde, doutrina e jurisprudência, especialmente norte-americanas, alargaram em muito o âmbito de compreensão desse instituto, que deixou de significar a mera tutela do processo e para o processo, passando a incorporar uma amplíssima proteção dos direitos fundamentais, para alcançar *quaisquer atos do Estado*. É decorrência do devido processo legal material, por exemplo, o princípio da legalidade no Direito Administrativo, como limitação do “poder” regulamentar e do “poder de polícia”.⁴² O devido processo legal,

em seu sentido substancial, também impõe o respeito ao princípio da *razoabilidade das leis*, isto é, da necessidade de que o Legislativo produza leis que estejam conformes ao interesse público, que estejam de acordo com a *law of the land*.⁴³ Consequência importantíssima é também o primado da igualdade material, isto é, não só da *igualdade perante a lei*, mas também da *igualdade na lei*.⁴⁴

Marco Aurélio Serau Júnior apresenta uma abordagem interessante a respeito do *devido processo legal em sentido material nas ações judiciais envolvendo questões previdenciárias*.⁴⁵ Para ele,

(...) o juízo de valoração efetuado a fins de concretização do devido processo legal, bem como dos próprios direitos fundamentais considerados em sua substância, deve levar em conta o contexto social adverso circundante das pessoas que pleiteiam judicialmente essa gama de direitos.⁴⁶

O devido processo legal em sentido material deve orientar, sob esse prisma, a própria *postura* do Magistrado na condução desse tipo de processo judicial, fazendo com que as decisões sejam necessariamente precedidas de um exame do contexto social em que está inserido o pretendente ao benefício.

A prática na jurisdição federal previdenciária tem ainda mostrado a importância de que o Magistrado adote certas medidas de gestão e condução de processos que se afastem da ortodoxia do processo civil tradicional.⁴⁷ Essas medidas se justificam em virtude

nais, 1997, p. 34-35.

43 *Ibidem*, p. 36.

44 A esse respeito: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. In: QUADROS, Cerdônio (coord.). *Nova dimensão do direito administrativo*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1997, v. 1, p. 162-165.

45 SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Curso de processo judicial previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 120-132.

46 *Ibidem*, p. 118.

47 O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) introduz figuras que estão em harmonia com tais premissas, como os *negócios jurídicos processuais*, as *modificações*

41 *Ibidem*, p. 40-41.

42 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribu-

da *natureza do direito material* em discussão, e são especialmente necessárias no caso dos benefícios por incapacidade (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente). Todas elas, pode-se afirmar, também são concretizações da garantia constitucional do devido processo legal.

Alguns exemplos de medidas adotadas há vários anos e que se espraiaram por todo o país, até mesmo por iniciativa da própria Procuradoria Federal (que atua na defesa judicial do INSS): 1) Antecipação da prova pericial médica, antes mesmo da citação do INSS, que é comunicado por meio eletrônico apenas para acompanhar a prova; 2) Realização da perícia médica na sede da Justiça Federal, como forma de assegurar pontualidade, imparcialidade e segurança na realização da prova, além de maior comodidade para segurados, peritos e advogados; 3) Adoção de técnicas de processamento em bloco (andamento simultâneo aos processos que estejam na mesma fase); 4) Urgência na comunicação das decisões (por meio eletrônico), bem como nas requisições de pagamento e de honorários periciais; 5) Inversão da apresentação de cálculos de execução (pelo INSS), etc. São medidas que vêm sendo aperfeiçoadas ao longo do tempo e que inspiram um ideal de contínuo aprimoramento das rotinas cartorárias.

Em seguida, serão examinadas algumas outras hipóteses, nas questões previdenciárias e assistenciais, em que as garantias que

decorrem do devido processo legal podem ser invocadas.

3.4.1. Cancelamento de benefício ou revisão do ato de concessão sem a participação do beneficiário.

É recorrente na doutrina a concepção segundo a qual a Administração Pública tem o poder (ou dever) de revisão dos atos administrativos que tenham sido praticados com ilegalidade.⁴⁸

Trata-se de aplicação concreta do chamado *princípio do controle administrativo* (ou da *autotutela administrativa*), que impõe à Administração a obrigatoriedade de anular (ou invalidar) os atos contrários ao ordenamento jurídico. É, em verdade, uma reafirmação do próprio princípio da legalidade.

Essa possibilidade é também assegurada pela Súmula nº 473 do STF:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Em questões previdenciárias, a Lei nº 8.212/1991, em seu artigo 69, impõe uma série de formalidades para a revisão de benefícios já concedidos, inclusive para as hipóteses de concessão irregular ou mediante fraude. Assim, ante a presença de indícios de irregularidades, o INSS deve: a) notificar o beneficiário para apresentar defesa, provas ou documentos de que dispuser, no prazo de 30 (trinta) dias; b) findo esse prazo sem manifestação, fica desde logo autorizada a *suspensão* do benefício, caso em que a notificação do interessado será feita mediante edital; e c) se não houver

no procedimento, a fixação de calendário para realização de atos processuais, etc. (arts. 190 e 191). José Antonio Savaris sustenta que a prestação jurisdicional, em tais questões, deve ser conduzida pelo que denomina *princípio da primazia do acerto*, afirmando ser “insustentável a recusa judicial de satisfação de direito fundamental ao argumento de que o ato administrativo indeferitório se encontra em consonância com a legalidade. Muito mais do que realizar o controle de legalidade do ato administrativo, o exercício da função jurisdicional deve comprometer-se com o acerto da relação jurídica de proteção social e, por consequência, com a integral defesa, promoção e realização desses direitos fundamentais”. (SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. *Revista brasileira de direito previdenciário*, v. 6, p. 38-62, dez./jan. 2012, p. 48)

48 Ver, a respeito do tema: SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 159-177.

manifestação ou seja esta considerada insuficiente, o benefício poderá ser *cancelado*.

Essas regras representam a consagração, na Lei, da antiga orientação jurisprudencial consagrada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos em sua Súmula nº 160:

A suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo.⁴⁹

Como é possível perceber, tais regras também servem para concretizar os valores constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que são plenamente aplicáveis ao processo administrativo, como já visto.

Tratando-se de valores constitucionais fundamentais, sua aplicação concreta jamais poderá ser uma *mera formalidade*, um simples “cumprir tabela” para uma decisão que, a rigor, já foi tomada, como parece habitualmente ocorrer. O INSS deverá realizar uma apreciação circunstanciada da defesa apresentada pelo beneficiário, proferindo decisão fundamentada a respeito do tema.⁵⁰

Há precedentes que consideram que o cancelamento só poderá produzir efeitos depois de esgotados os recursos disponíveis na esfera administrativa. Embora esta orientação não decorra imediatamente do texto da Lei, está em plena harmonia com o princípio da segurança jurídica.⁵¹

Uma questão importante a examinar diz respeito à situação em que fica constatado que o benefício foi concedido de forma realmente irregular. Nesses casos, o INSS costuma determinar não só o cancelamento do benefício, mas a intimação do beneficiário para *restituir* aos cofres públicos os valores que, afinal, foram recebidos indevidamente.

O fundamento legal que justifica esta conduta está no artigo 115, II, da Lei nº 8.213/1991, que autoriza seja descontado dos valores dos benefícios o “pagamento de benefício além do devido”. Apesar disso, todavia, inúmeros precedentes do STJ passaram a reconhecer a “irrepetibilidade” das verbas de natureza alimentar, especialmente nos casos em que está demonstrada a boa-fé do beneficiário.⁵² Também o STF já decidiu nesse

tor Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, e-DJF1 14/09/2012; TRF 5ª Região, REO 2009.82.00.000448-1, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, DJe 11/12/2009. Em sentido contrário: TRF 4ª Região, AC 2009.71.00.008604-2, Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Pezzi Klein, DE 29/03/2010.

52 Nesse sentido, por exemplo, STJ, AGA 1.318.361, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 13/12/2010; AGA 1.115.362, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 17/05/2010; AGREsp 691.012, Relator Ministro Celso Limongi, DJe 03/05/2010. Também esse tem sido o entendimento do TRF 3ª Região, de que são exemplos a ApelReex 1999.03.99.084840-6, Relatora Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, e-DJF3 18/08/2011, e a AC 2008.61.22.000901-6, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, e-DJF3 03/08/2011. A própria AGU acolheu essa tese, também para os servidores públicos, editando a Súmula nº 34: “Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública”. Recentemente, a Primeira Seção do STJ firmou entendimento diverso, na hipótese específica do *benefício recebido por força de tutela antecipada posteriormente revogada* (REsp 1.384.418, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 30/08/2013). Mesmo neste caso, todavia, há precedentes do STF em sentido contrário (por exemplo, AI 829.661 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 06/08/2013). Também assim é o entendimento da TNU, consolidado na Súmula nº 51: “Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento”. O Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS também elaborou, a propósito do tema, o Enunciado nº 38: “A revisão dos parâmetros médicos efetuada em sede de benefício por incapacidade não rende ensejo à devolução dos valores recebidos, se presente a boa-fé objetiva”.

49 Também nesse sentido é a Súmula nº 63 do Advogado Geral da União, relativa à remuneração dos servidores públicos: “A Administração deve observar o devido processo legal em que sejam assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório para proceder ao desconto em folha de pagamento de servidor público, para fins de ressarcimento ao Erário”.

50 Sobre o dever constitucional de motivação das decisões administrativas, confira-se o nosso: A motivação do ato administrativo na Constituição brasileira de 1988. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 79-110.

51 Por exemplo, TRF 1ª Região, AC 2009.01.99.076661-3, Rela-

mesmo sentido (AI 746.442-AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 22/10/2009).

Outra situação particularmente importante diz respeito à possibilidade de cancelamento da aposentadoria por invalidez do segurado que retornar voluntariamente à atividade remunerada (no RGPS ou em qualquer outro). Diz o artigo 46 da Lei nº 8.213/1991 que, nesse caso, a aposentadoria será “automaticamente cancelada”.

Mesmo nesse caso, o cancelamento deve ser precedido da oportunidade de defesa do segurado, inclusive para que o INSS se certifique de que realmente houve o retorno voluntário à atividade.

De fato, a legislação de custeio da seguridade social vem sendo seguidamente modificada, para o fim de estabelecer hipóteses em que uma terceira pessoa é responsável pela retenção e recolhimento das contribuições previdenciárias.⁵³ São hipóteses de *responsabilidade tributária por substituição*,⁵⁴ em que as contribuições são retidas e recolhidas por terceiros, muitas vezes mesmo sem o conhecimento do aposentado, e acabam sendo incluídas no CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais.

Pode ocorrer, por exemplo, uma situação em que o aposentado por invalidez receba salários atrasados, ou verbas trabalhistas que se refiram a períodos em que ainda estava em



atividade. Nesse caso, o simples recolhimento de contribuições não é suficiente para comprovar o efetivo retorno à atividade, razão adicional para que o INSS respeite tais garantias constitucionais do processo, para só então, se for o caso, proferir decisão determinando o cancelamento da aposentadoria por invalidez.

3.4.2. A cessação dos benefícios por incapacidade mediante o sistema de “alta programada” (a Cobertura Previdenciária Estimada).

O INSS instituiu, mediante atos administrativos infralegais, o sistema de Cobertura Previdenciária Estimada (COPES), que ficou conhecido como “alta programada”, para aplicação aos benefícios por incapacidade, em especial o auxílio-doença, que tem como uma de suas características a *temporiedade*.

Trata-se de sistema inicialmente criado por normas internas do INSS, que depois passaram a figurar no Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999) a partir do Decreto nº 5.844/2006, que inseriu novos parágrafos no artigo 78 do RPS.⁵⁵ Esse

⁵³ Ver, por exemplo, as hipóteses previstas no artigo 22, III e IV, bem como no artigo 31, todos da Lei nº 8.212/1991.

⁵⁴ A responsabilidade tributária por “substituição” ocorre quando o dever de pagar o tributo, por expressa determinação legal, nasce de imediato, isto é, desde a ocorrência do fato imponible, na pessoa do responsável. Como ensina Bernardo Ribeiro de Moraes, “a figura do substituto tributário pressupõe a exclusão da responsabilidade da pessoa substituída, que é o contribuinte”. Por essa razão, “na verdade, não substitui ninguém, nem mesmo o contribuinte, pois, desde o nascimento da obrigação tributária, o substituto passa a ser o devedor do tributo”. E conclui: “no caso de substituição tributária, o contribuinte não fica no polo negativo da relação jurídica, mas o substituto”. “Como consequência, cabe ao substituto tributário impugnar o lançamento contra si feito, inclusive ser acionado pelo sujeito ativo (credor) da obrigação tributária”. (MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 290-295)

⁵⁵ “Art. 78. O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer

sistema consiste, em síntese, na possibilidade de que o INSS, ao realizar a perícia médica, faça uma *estimativa* do prazo necessário para a recuperação da capacidade para o trabalho. Trata-se, como visto, de uma mera previsão, que, mesmo baseada em uma avaliação técnica, a partir de critérios médicos, pode falhar. O médico perito não tem condições de fazer uma estimativa absolutamente precisa, mesmo porque os segurados são diferentes, as doenças são diferentes e as consequências de uma mesma doença podem variar conforme as condições pessoais do paciente. Com maior razão, um sistema informatizado, mesmo que alimentado com dados técnicos científicos de uma “medicina baseada em evidências”, não é infalível. Ao contrário, a experiência forense mostra que são inúmeros os erros e injustiças perpetrados por intermédio desse sistema.

Na atual regulamentação desse tema, faculta-se ao segurado que apresente um pedido de prorrogação do benefício, caso não se sinta suficientemente recuperado para o trabalho (art. 78, § 2º, do Regulamento).

Apesar dessa possibilidade, a jurisprudência tem considerado *ilegal* o sistema em questão, por propiciar a volta ao trabalho daquele que ainda não recuperou a capacidade de trabalhar. Nesse sentido, por exemplo, decidiu o TRF 3ª Região que:

(...) O sistema COPES, instituído, inicialmente, pela DIRBEN 130/05, ao estabelecer a data da cessação da incapacidade laborativa com base em mero prognóstico, apresenta-se incompatível com a Lei 8.213/91 e contraria os princí-

natureza, neste caso se resultar sequela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. § 1º. O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia. § 2º. Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social. § 3º. O documento de concessão do auxílio-doença conterà as informações necessárias para o requerimento da nova avaliação médico-pericial”.

pios da seguridade social. Somente pode ser cessado benefício por incapacidade após a realização de perícia médica que conclua pela recuperação do segurado. Ainda que a citada DIRBEN tenha previsto a possibilidade de o segurado apresentar, perante a autarquia, pedido de reconsideração da alta programada, tal análise, isto é, persistência ou não de incapacidade, não pode ser atribuída ao cidadão comum, leigo no que tange a critérios técnico-científicos relativos ao profissional afeto à medicina. Ademais, tal pleito não evita os prejuízos decorrentes da “alta programada”, vez que entre a data da alta e o julgamento do pedido de reconsideração, o segurado fica desamparado.

(AMS 0000933-62.2006.4.03.6104, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, e-DJF3 08/02/2013)⁵⁶

Observo que, por força de sentença proferida em Ação Civil Pública (Processo nº 2005.33.00.020219-8 da 14ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia), o INSS editou a Resolução INSS/PRES nº 97/2010, determinando que o benefício seja mantido até que apreciado o pedido de prorrogação apresentado pelo segurado. Por força dessa sentença, portanto, ainda não definitiva, foram minimizados os efeitos negativos do sistema de alta programada.

Além do aspecto relativo à ilegalidade, em si, o sistema de “alta programada” é igualmente ofensivo à garantia do devido processo legal, em sentido material, particularmente porque agrava desproporcional e desarrazoadamente a situação do segurado incapaz para o trabalho. Instituído a pretexto de evitar filas e reduzir o tempo de espera para a realização de perícias, o sistema acaba por transferir para o segurado a responsabilidade pela re-

⁵⁶ Em igual sentido, TRF 1ª Região, AMS 2007.36.00.001727-9, Relator Desembargador Federal Ney Bello, e-DJF1 16/05/2014; AC 2009.01.99.018673-0, Relatora Desembargadora Federal Ângela Catão, e-DJF1 30/09/2013; TRF 3ª Região, AC 0001572-62.2011.4.03.6118, Relator Desembargador Federal Fausto de Sanctis, e-DJF3 22/01/2014.

solução de um problema estrutural que é do INSS, não do segurado.

3.5. Do princípio da segurança jurídica. A garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF). O princípio da proibição do retrocesso.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, inclui o direito à segurança entre os *direitos individuais*. O direito à segurança é também um dos *direitos sociais* previstos no artigo 6º da Constituição. A ampla proteção estabelecida pelo Texto Constitucional permite concluir que o sistema constitucional abrange a segurança em sua máxima acepção, compreendendo o valor da *segurança pessoal* (no sentido relacionado com a segurança pública), mas também a *segurança jurídica* e a *segurança social*.

A *segurança pessoal* representa desdobramento da proteção constitucional à vida, à integridade física, à saúde, etc. Já a *segurança jurídica* tem por finalidade resguardar os indivíduos contra a instabilidade das relações jurídicas. Neste sentido, *segurança jurídica* é o “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade que lhes é reconhecida”.⁵⁷

A Constituição Federal contém inúmeras normas que têm essa finalidade de preservar o indivíduo contra as instabilidades nas relações jurídicas. É o caso, por exemplo, do princípio da anterioridade em matéria tributária (art. 150, III, “b” e “c”), do princípio da irretroatividade da lei tributária (art. 150, III, “a”), da irretroatividade da lei penal incriminadora (art. 5º, XXXIX e XL) e do princípio da anterioridade da lei eleitoral (art. 16 da CF e ADIn 3.685/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 10/08/2006).

Todas essas normas pretendem permitir ao indivíduo um conhecimento antecipado a respeito das consequências de seus atos, inclusive para que possa se comportar de acordo com as consequências que se apresentam. São normas, em síntese, relacionadas com a *previsibilidade* dos comportamentos humanos.

Também são expressões da segurança jurídica as garantias relativas ao *direito adquirido*, ao *ato jurídico perfeito* e à *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, da CF). Interessa examinar, para os fins deste trabalho, a proteção constitucional atribuída ao direito adquirido.

O *direito adquirido* é aquele que, decorrente de um fato ou ato praticado de acordo com a ordem jurídica, se incorporou definitivamente à pessoa ou ao patrimônio de seu titular. O direito merecedor da proteção é somente aquele “praticado de acordo com a ordem jurídica”, isto é, em relação ao qual não recai nenhuma controvérsia a respeito de sua validade, sua conformidade ao Direito vigente quando de sua aquisição.

Para fazer uso de um exemplo na área do Direito Previdenciário, a segurada da previdência social, do sexo feminino, que completa 30 anos de contribuição, adquire o direito à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição (art. 201, § 7º, I, da CF). Veja-se, portanto, que independentemente de exercer (ou não) o direito, isto é, mesmo que não requeira administrativamente a aposentadoria, aquele direito já está incorporado ao seu patrimônio e, em razão disso, não pode ser recusado sob a alegação de que uma lei posterior tenha passado a exigir 40 anos de contribuição, por exemplo. A lei nova, nesse caso, é *válida*, mas não pode alcançar aquela segurada que já tinha direito adquirido à aposentadoria, mesmo sem tê-la requerido.

O STF já reconheceu, inclusive, a existência de *direito adquirido ao benefício mais vantajoso possível*, nos casos em que o segurado poderia ter direito a mais de um benefício (RE 630.501, Relator para acórdão Ministro

⁵⁷ VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho em el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Universitária, 1982, p. 30. Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 433.

Marco Aurélio, DJe 23/08/2013). Consoante registra o Informativo nº 695 do STF,

(...) o segurado do regime geral de previdência social tem direito adquirido a benefício calculado de modo mais vantajoso, sob a vigência da mesma lei, consideradas todas as datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos para a jubilação.

Este julgado constitui verdadeiro *paradigma*, que parece não ser sido bem compreendido em todas as suas dimensões. Só isto pode explicar não termos ainda experimentado uma verdadeira “explosão” de ações judiciais revisionais sob este fundamento.

De qualquer forma, como consequência deste julgado da Suprema Corte, o INSS deve assumir o dever-poder de analisar os pedidos de benefícios e verificar, *de ofício*, qual é o momento em que o cálculo da renda mensal inicial (RMI) será *mais vantajoso* para o segurado ou dependente, *independentemente da data de entrada do requerimento administrativo* (DER).⁵⁸

É claro que a data de início do benefício (DIB) continuará a ser a data de entrada do requerimento administrativo (DER), nos casos em que a lei assim determina.⁵⁹ Mas os salários de contribuição utilizados no período básico de cálculo não precisarão ser, necessariamente, os imediatamente anteriores ao requerimento administrativo (DER).

Para entender a importância desta tese, tome-se como exemplo um segurado do sexo masculino que tenha completado, na DER,

38 anos de contribuição. Na generalidade dos casos, possivelmente a renda mensal inicial (RMI) mais vantajosa será a calculada na própria data de entrada do requerimento administrativo (DER). De fato, na DER, o segurado terá *maior idade e maior tempo de contribuição*, circunstâncias que certamente resultarão em um *fator previdenciário mais vantajoso nesta data* (DER).⁶⁰ Além disso, como normalmente o segurado recebe *salários maiores* às vésperas da aposentadoria, a renda mensal inicial (RMI) será possivelmente mais alta na data do requerimento administrativo.

Mas não é incomum que o segurado, que vinha contribuindo em valores próximos ao teto, seja *demitido* ao completar *35 anos de contribuição*. Não raro os empregados já em condições de se aposentar são os primeiros elegíveis para aqueles programas de demissão “voluntária” que as empresas usualmente adotam. Imagine-se que este segurado, depois de demitido, continua a contribuir com a previdência social como *contribuinte individual*, mas sobre um *salário mínimo*, por mais três anos (completando 38 anos de contribuição). Com a redução abrupta do valor dos salários-de-contribuição, pode ocorrer que a renda mensal inicial (RMI) do benefício calculada na DER seja *muito menor* do que a RMI calculada na data em que completou 35 anos de contribuição.

Neste caso, adotando o precedente do STF, é possível invocar a existência do *direi-*

58 Este também é o sentido do Enunciado nº 5 do CRPS: “A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”. Em igual sentido, os arts. 181, parágrafo único; 185, II; 193, II; 200, § 1º; 204; 219, § 2º; 336; 383, §§ 3º e 4º; 528, XII, XIII e § 1º; 532; 533, etc., todos da IN INSS/PRES nº 77/2015.

59 Por exemplo, artigos 49, I, “b” e II; 54; 57, § 2º; 60, § 1º; 74, II, etc., todos da Lei nº 8.213/1991.

60 Nos termos do artigo 29, I, da Lei nº 8.213/1991, o salário de benefício da aposentadoria por tempo de contribuição é obtido com a média aritmética simples dos maiores salários de contribuição, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário. O § 7º do mesmo artigo estabelece que “o fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevivência e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar”, considerando a fórmula de cálculo estabelecida no anexo da Lei nº 8.213/1991, nos termos previstos pela Lei nº 9.876/1999. Para quem já alcançou 35 anos de contribuição (se do sexo masculino), a renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição corresponde a 100% (cem por cento) do salário de benefício (art. 53, II, da Lei nº 8.213/1991).



to adquirido ao benefício mais vantajoso e requerer administrativamente ou em juízo a revisão da RMI. É bastante elucidativo, neste aspecto, o seguinte trecho do voto da Ministra Ellen Gracie, proferido no recurso extraordinário em questão:

(...) O segurado pode exercer o seu direito assim que preenchidos os requisitos para tanto (assim que adquirido) ou fazê-lo mais adiante, normalmente por optar em prosseguir na ativa, inclusive com vista a obter aposentadoria integral ou, atualmente, para melhorar o fator previdenciário aplicável. (...) Tenho que, uma vez incorporado o direito à aposentação ao patrimônio do segurado, sua permanência na ativa não pode prejudicá-lo. Efetivamente, ao não exercer seu direito assim que cumpridos os requisitos mínimos para tanto, o segurado deixa de perceber o benefício mensal desde já e ainda prossegue contribuindo para o sistema. Não faz sentido que, ao requerer o mesmo benefício posteriormente (aposentadoria), o valor da sua renda mensal inicial seja inferior àquela que já poderia ter obtido. Admitir que circunstâncias posteriores possam implicar renda mensal inferior àquela garantida no momento do cumprimento dos requisitos mínimos é permitir que o direito adquirido não

possa ser exercido tal como adquirido. Afinal, o benefício – previdenciário constitui-se na fruição de proventos mensais que amparam o segurado em situação de inatividade. O direito ao benefício é o direito a determinada renda mensal, calculada conforme os critérios jurídicos e pressupostos fáticos do momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção. (...) O direito adquirido ao melhor benefício implica a possibilidade de o segurado ver o seu benefício deferido ou revisado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e as rendas mensais que estaria percebendo, naquele momento, se houvesse requerido em algum momento anterior o benefício, desde quando possível a aposentadoria proporcional.

(RE 630.501, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, DJe 23/08/2013)

Note-se que este é apenas *um* dos inúmeros exemplos da importância crescente de que o profissional que milita na área do Direito Previdenciário esteja habilitado a *realizar cálculos*. Somente com o desenvolvimento nesta área o advogado estará apto a verificar se o seu cliente tem (ou não tem) direito a um benefício mais vantajoso, considerando as várias datas em que poderia tê-lo requerido, em comparação com o benefício deferido administrativamente.

Outra questão que frequentemente é apresentada diz respeito à possibilidade de alegar a proteção do *direito adquirido contra a Constituição Federal*. A dúvida se justifica, já que o Texto Constitucional diz que “a lei não prejudicará ... o direito adquirido”. E a própria Constituição?

Aqui, é necessário fazer uma distinção. Para o *texto originário da Constituição*, isto é, para o produto do trabalho do *poder constituinte originário*, a resposta é *não*: não é possível alegar o direito adquirido contra uma nova Constituição. Recorde-se que uma das

características do poder constituinte originário é a de ser *ilimitado*, no sentido de que não sofre limitações jurídicas prévias (de Direito Positivo). Em resumo, o poder constituinte originário *pode tudo*, inclusive desconsiderar direitos eventualmente já incorporados à pessoa ou ao patrimônio dos respectivos titulares.⁶¹

Quando se trata de *Emendas à Constituição*, todavia, a situação é diversa. Como já afirmado linhas atrás, o poder de reforma da Constituição (o *poder constituinte derivado*) sobre uma série de limitações ou vedações, dentre as quais as *materiais*. São as chamadas *cláusulas pétreas*, matérias que não podem ser objeto de Emenda à Constituição. Dentre essas matérias estão, justamente, os *direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º, IV, da CF). Como o *direito adquirido* é um *direito individual* (art. 5º, XXXVI, da CF), também é, por consequência, uma *cláusula pétrea*.

Embora não se tenha dúvida em afirmar que a proteção ao direito adquirido *também se aplica às Emendas à Constituição*, não tem sido esse o entendimento predominante no âmbito do STF.

Com a devida vênia, este entendimento padece de um defeito insanável, especialmente sob o aspecto da hermenêutica constitucional, ao buscar realizar uma interpretação estritamente *literal* ou *gramatical* da norma contida no citado artigo 5º, XXXVI. O termo “lei” contido no preceito constitucional acima referido deve ser interpretado como sinônimo de *norma jurídica*, compreendendo, assim, todas as espécies normativas de que cuida o artigo 59 da Constituição, *inclusive as Emendas Constitucionais*.⁶²

Ocorre que o STF vem perfilhando de um entendimento diverso, particularmente ao reconhecer a constitucionalidade da cobrança da *contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas*, nos seguintes termos:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões,

61 Não por acaso várias Constituições, como a brasileira, contêm em seu corpo *disposições transitórias*, que têm como uma de suas finalidades compatibilizar relações jurídicas anteriores e a nova Constituição. Isso pode ocorrer inclusive para o efeito de preservar direitos já adquiridos conforme a ordem jurídica anterior. Mas essa previsão deve decorrer de regra constitucional expressa, sem a qual os direitos anteriores podem ser desconsiderados.

62 Nesse sentido, vale mencionar, na doutrina: SILVA, José Afonso da. Reforma constitucional e direito adquirido. In:

Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 231-233; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 191-204; BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as Emendas constitucionais. In: Celso Antonio Bandeira de Mello (coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba* – direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 156-160; DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 72; MAZZILLI, Hugo Nigro. A reforma constitucional e as garantias da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. *Revista APMP*, n. 17, p. 5 e ss.

de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações (...).

(ADI 3.128, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para acórdão Ministro Cezar Peluso, DJ 18/02/2005)

Embora a Suprema Corte tenha optado por atribuir um enfoque predominantemente tributário à questão, acabou por confirmar sua antiga jurisprudência a respeito da inexistência de um *direito adquirido a um regime jurídico*, ou, dito de outra forma, *direito adquirido a um estatuto jurídico*.⁶³

Estas questões põem-se a debate diante do chamado *princípio da proibição do retrocesso*. O *princípio da proibição do retrocesso* é uma construção da doutrina. De acordo com este princípio, os direitos previstos na Constituição que já estejam assegurados e concretizados *por meio de medidas legislativas* não poderiam ser suprimidos. Não se trata de proteger o direito adquirido (que já se incorporou à pessoa ou ao patrimônio de seu titular), mas da *estabilização da própria perspectiva de aquisição do direito já legislado*.

Assim, por exemplo, alguém que iniciasse sua vida como contribuinte da previdência social, com a possibilidade de se aposentar aos 35 anos de contribuição, não poderia ter essa expectativa frustrada por uma alteração legislativa, para pior, durante sua vida contributiva.

Haveria, assim, a “proibição do retrocesso”, um impedimento a que o legislador retrocedesse para dificultar a aquisição de direitos já previstos na legislação.

O STF *não acolhe* essa teoria em *matéria previdenciária*: ao contrário, já se pronunciou inúmeras vezes quanto à inexistência de direito adquirido a um regime jurídico (ou à imutabilidade deste), que pode ser amplamente modificado pelo legislador, que deve respeitar, apenas, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁶⁴

No exemplo citado, ou o segurado da Previdência preenche todos os requisitos para a aposentadoria (e tem direito adquirido a ela), ou tem uma simples *expectativa de aquisição*

cia de direito adquirido a regime jurídico no julgamento do RE 563.708, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 30/04/2013, em regime de *repercussão geral*.

64 No voto do Ministro Octavio Gallotti, proferido no julgamento da ADInMC 1.664, DJ 19/12/1997, assentou-se que “a propósito das questões mais genéricas, suscitadas na inicial, penso que não devem merecer acolhida pelo menos nesta sede de juízo provisório, a saber: (...) quanto à proibição do chamado retrocesso social, dada a delicadeza da tese, que implicaria, na prática, a constitucionalização, e até a petrificação, das condições de expectativa de aquisição dos benefícios previdenciários, impedindo a sua revisão por lei ordinária, elaborada nos limites da Constituição”.

63 O STF reafirmou seu entendimento quanto à inexistên-

sição de direito, que pode ser frustrada por alteração superveniente da legislação.

No caso da previdência social do servidor público, objeto de sucessivas Emendas à Constituição, o STF decidiu que:

(...) os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional nº 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 47/2005. (ADI 3.104, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe 08/11/2007)

Esse entendimento acaba por desconsiderar que a proteção constitucional ao direito adquirido não é isolada no sistema constitucional. Ao contrário, o direito adquirido é protegido como *aspecto peculiar do direito à segurança jurídica*, cuja finalidade é a de resguardar o indivíduo contra as instabilidades do ordenamento jurídico, assegurando previsibilidade e prévio conhecimento das “regras do jogo”.⁶⁵

Por essa razão, mesmo que afastada a tese da proibição do retrocesso, há um *direito fundamental ao estabelecimento de regras de transição*, quando se trata de alteração constitucional das regras de previdência social, em quaisquer dos regimes. Ou seja, ainda que se admita a possibilidade de modificação dessas regras, preservando apenas o direito adquirido, essa modificação deve necessariamente vir acompanhada de regras de transição para aqueles que já tinham uma expectativa de aquisição de direitos. Sem essas regras de transição, haverá inequívoca afronta ao direito à segurança jurídica, que é, vale recordar, uma cláusula

pétrea (arts. 5º, *caput*, e 60, § 4º, IV, da CF).⁶⁶

A interpretação das regras de transição deve ser feita, também, à luz do *princípio da proporcionalidade*, que é um derivado constitucional da garantia do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da CF). É certo que a aferição da proporcionalidade de um ato legislativo (ou com esse *status*) importa um verdadeiro *juízo de mérito* sobre o ato impugnado, ou, como prefere José Joaquim Gomes Canotilho, o ingresso na chamada “liberdade de conformação legislativa”. De acordo com esse mesmo autor, só é dado aos tribunais examinar eventual violação desse princípio quando a disciplina legislativa for “manifestamente inadequada”.⁶⁷ Em casos tais, todavia, é possível cogitar da declaração de inconstitucionalidade inclusive das regras de transição.

A Suprema Corte acabou se referindo à proibição do retrocesso no caso já citado, relativo ao direito subjetivo ao *ensino em creche e pré-escola*. Consta da ementa do julgado:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos,

⁶⁵ Para uma apreciação crítica do princípio da proibição do retrocesso, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

⁶⁶ As reformas constitucionais realizadas nos últimos anos instituíram regras de transição, como os artigos 8º e 9º da Emenda nº 20/1998, bem como os artigos 6º e 6º-A da Emenda nº 41/2003.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 263-264. Sobre o princípio da proporcionalidade e sua aplicação na resolução de conflitos entre direitos fundamentais, ver: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n. 17, p. 01-39, 2008, *passim*.

obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (ARE 639.337 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 14/09/2011)

Vê-se da transcrição que não há *nenhuma* razão jurídica plausível que imponha adotar semelhante entendimento ao *direito à educação* e, simultaneamente, recusá-lo quando se trata de *previdência social*. Ambos são direitos sociais (art. 6º da CF), cuja característica essencial é a exigência de *prestações* por parte do Estado, devendo ser interpretados de acordo com os mesmos critérios.

O princípio da proibição do retrocesso também foi invocado pelo STF nos seguintes casos:

1) Para reconhecer a possibilidade de que o Poder Judiciário imponha ao Estado a obrigação de instituir Defensoria Pública (AI 598.212 ED, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 23/04/2014; RE 763.667 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 12/12/2013);

2) Para autorizar a intervenção judicial para compelir o Poder Público a ampliar e

melhorar o atendimento a gestantes em maternidades estaduais (RE 581.352 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 21/11/2013);

3) Para assegurar a prevalência das regras do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) sobre as da Convenção de Varsóvia ou do Código Brasileiro de Aeronáutica, quanto às indenizações por danos morais decorrentes de atrasos ou má prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros (RE 351.750, Relator para acórdão Ministro Carlos Britto, DJe 24/09/2009);

4) Para afastar a aplicação da regra do artigo 14 da Emenda nº 20/1998 ao salário da licença-gestante (ADI 1.946, Relator Ministro Sidney Sanches, DJ 16/05/2003).

De outro lado, a alegação de afronta ao princípio não foi admitida para afastar a aplicação a Lei Complementar nº 135/2010 (a “Lei da Ficha Limpa”), como se vê da ADC nº 29/DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 28/06/2012.

4. Conclusões.

A compilação de julgados trazida neste trabalho mostra que os princípios constitucionais gerais têm papel fundamental na solução de conflitos em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais, bem como nas ações relativas a prestações concretas em matéria de saúde. O conhecimento de tais princípios transcende o mero interesse acadêmico, constituindo-se em instrumental indispensável nas demandas judiciais envolvendo tais questões.

Referências.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Hermenêutica constitucional*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 59/60, p. 46-72, jul./dez. 1981.

BARBOSA, Rui. *Igualdade perante a lei*. Coletânea forense para os estudantes de direito. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1959.

_____. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Fundação Casa De Rui Barbosa, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. *Direito adquirido contra as emendas constitucionais*. In: Celso Antonio Bandeira de Mello (coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 156-160.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *O Judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos*. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*. Escola de Magistrados. Seminário: Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: IMESP, p. 57-67, 1997.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos*. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n. 17, p. 01-39, 2008.

DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Estado de direito e devido processo legal*. In: QUADROS, Cerdônio (coord.). *Nova dimensão do direito administrativo*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1997, v. 1.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A reforma constitucional e as garantias da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas*. *Revista APMP*, n. 17.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos*. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*. Escola de Magistrados. Seminário: Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: IMESP, p. 39-47, 1997.

PIRES, Renato Barth. A motivação do ato administrativo na Constituição brasileira de 1988. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 79-110.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. *Revista brasileira de direito previdenciário*, v. 6, p. 38-62, dez./jan. 2012.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Curso de processo judicial previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Reforma constitucional e direito adquirido. In: *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 231-233.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.



Jurisprudência

Direito Administrativo



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0015809-05.2004.4.03.6100

(2004.61.00.015809-0)

Agravante: XIAO ZHENG

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: UNIÃO FEDERAL, XIAO ZHENG E OUTROS

Apelados: OS MESMOS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AMS 291225

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/06/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CANCELAMENTO DE VISTO TEMPORÁRIO PARA NEGÓCIOS. LEGALIDADE. COMPETÊNCIA DA POLÍCIA FEDERAL. ATIVIDADE REMUNERADA E DE CARÁTER PERMANENTE. IRREGULARIDADE CONFIGURADA.

1. É possível de acordo com a legislação o cancelamento de visto temporário.
2. Não há que se falar na incompetência do agente da polícia federal, visto que esta é conferida pelo Decreto nº 86.715/81.
3. Conforme a documentação acostada, por investigações do Ministério do Trabalho foi comprovada a situação de empregados estrangeiros trabalhando para empresa nacional, restando evidente que esta é a *verdadeira empregadora e beneficiária da prestação de serviços, arca com todas as despesas, inclusive com valores referentes às passagens áreas necessárias à obtenção de novos visto de “negócios”, para os sucessivos reingressos.*
4. Desta forma, restou comprovada a situação irregular dos impetrantes que não poderiam exercer atividade remunerada e de caráter permanente, pois somente possuíam visto temporário para negócios e não para trabalho.
5. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
6. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de junho de 2015.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal interposto pelos impetrantes contra a decisão monocrática que, com supedâneo no art. 557 do CPC, negou seguimento à sua apelação, mantendo a sentença que denegara a ordem.

O mandado de segurança foi impetrado por XIAO ZHENG e outros em face do Superintendente da Polícia Federal em São Paulo, objetivando a anulação do ato que cassou os vistos temporários para negócios dos impetrantes.

Pretende-se a reforma da decisão monocrática.

Apresentado o feito em mesa, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Não assiste razão aos agravantes.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação em sede de mandado de segurança, com pedido de liminar, em que se objetiva a anulação do ato que cassou os vistos temporários para negócios dos impetrantes. Os impetrantes alegam que são funcionários de empresa chinesa que investe no mercado brasileiro através da empresa Huawei do Brasil de Telecomunicações Ltda. e que são mandados ao País para supervisionar referido o estabelecimento.

Apontam que foi lavrado auto de infração para imposição de multa pecuniária, nos termos do art. 125, XVI, da Lei nº 6.815/80 e que o visto de permanência foi cassado. Impetraram o presente remédio constitucional, aduzindo em suas razões a incompetência do agente da polícia federal para cassar seu visto, a ilegalidade do procedimento administrativo e a inexistência de justificativa para cassação dos vistos.

A medida liminar foi deferida.

O r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, denegando a segurança, cassando a medida liminar anteriormente concedida.

Apelaram os impetrantes, aduzindo em suas razões a inexistência de vínculo empregatício com a empresa brasileira, sendo legal sua permanência em território nacional. Ademais, sustentam a ilegalidade do ato administrativo de cassação dos passaportes e das penalidades aplicadas. Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da apelação.

Passo a decidir com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 9.756/98.

Ressalto a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos.

A decisão monocrática do Relator do recurso, com fulcro no art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Inicialmente afastou a ilegalidade do ato administrativo de cassação de visto concedido a estrangeiros.

Nos termos da Lei nº 6.815/80, art. 3º, a concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais.

Ademais, o art. 26 da mesma norma traz:

“O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo

a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça”.

Destarte, é possível de acordo com a legislação o cancelamento de visto temporário.

Ademais, não há que se falar na incompetência do agente da polícia federal, visto que esta é conferida pelo Decreto nº 86.715/81.

Assim, passo a analisar o mérito.

Conforme a documentação acostada por investigações do Ministério do Trabalho (fls. 177 e ss.) foi comprovada a situação de empregados estrangeiros trabalhando para empresa nacional, restando evidente que esta é a verdadeira empregadora e beneficiária da prestação de serviços, arca com todas as despesas, inclusive com valores referentes às passagens áreas necessárias à obtenção de novos visto de “negócios”, para os sucessivos reingressos (fl. 188).

Desta forma, restou comprovada a situação irregular dos impetrantes que não poderiam exercer atividade remunerada e de caráter permanente, visto que só possuíam visto temporário para negócios e não para trabalho.

Neste sentido, o seguinte julgado:

“ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO. ESTRANGEIRO QUE PRESTA SERVIÇO A EMPRESA BRASILEIRA. VISTO TEMPORÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Trata-se de ação ordinária em que a autora pretende o cancelamento do auto de infração e notificação nº 1938/2004 - NRE/SP, decorrente de alegada infração ao artigo 125, inciso VII da Lei 6.815/80, por empregar ou manter a seu serviço, estrangeiros impedidos de exercer atividade remunerada.

2. A prova documental apresentada nos autos, consistente na cópia do processo administrativo, deixa claro que a apelante que teve regular acesso aos autos, sendo intimada dos atos (fls. 299), apresentando defesa (fls. 289/1), a qual foi analisada e indeferida em 15/06/2004, restando observado os preceitos das Leis 6.815/80 e 9.784/99.

3. O estrangeiro com visto temporário de negócios está impedido de exercer qualquer atividade remunerada, diferente daquele que obteve o visto nos termos do inciso V, que possui autorização de trabalho.

4. Não se desincumbiu a parte autora a contento, restando ausente a demonstração de que os estrangeiros que estavam em sua dependência juntamente com os demais trabalhadores não estavam prestando-lhe serviços, devendo ser confirmada a sentença.

5. Apelação improvida. Sentença mantida.”

(TRF 3, Terceira Turma, AC 00261785820044036100, Rel. Des. Fed. Nery Junior, e-DJF3 22/07/2014).

Em face de todo o exposto, com supedâneo no art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação.

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

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

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0008639-62.2012.4.03.6112

(2012.61.12.008639-9)

Agravante: AUTO POSTO ARLEI PRESIDENTE EPITÁCIO LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 363/369

Interessado: INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – IPEM/SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe de Processo: AC 2037985

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2015

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. BOMBAS DE COMBUSTÍVEL COM VAZAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Caso em que a autora, sociedade de comércio varejista de combustíveis, foi autuada, duplamente: (1) conforme AI 2210783, por infração aos artigos 1º e 5º da Lei 9.933/1999, c/c o item 13.23 da Portaria INMETRO 23/85, porque: “o bico de descarga apresenta vazamento superior a 40 ml, quando acionado com a bomba medidora desligada”; e (2) conforme AI 2210793, por infração aos artigos 1º e 5º da Lei 9.933/1999, c/c o subitem 11.2.1 da Portaria INMETRO 23/85, porque “a bomba medidora apresentava erro relativo superior ao erro máximo admitido pela legislação metrológica”.

2. Cabe destacar que a legalidade das portarias expedidas pelo INMETRO é reiteradamente reconhecida pela jurisprudência.

3. Quanto à materialidade das infrações foi devidamente constatada, sendo inconteste que a fiscalização apurou a existência, no estabelecimento, de bomba medidora de combustíveis líquidos, em situação irregular, com vazamento acima dos limites tolerados previstos na Portaria INMETRO 23/1985, conforme descritivo da autuação, a partir dos dados técnicos lançados nos registros de medições, demonstrando que em uma das bombas o vazamento era de 125 ml, acima do limite de 40 ml previsto no item 13.23 da Portaria INMETRO 23/1995; e, na outra, havia erro, na vazão máxima em 20 litros, de 1%, quando o tolerado era de 0,5%, em atenção ao subitem 11.2.1 da citada portaria.

4. Em caso que tais, resta configurada a responsabilidade objetiva do revendedor de combustíveis, consoante jurisprudência consolidada.

5. Os autos de infração foram lavrados seguindo as disposições do Decreto 2.953/1999, aplicável à adoção de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, sendo que o artigo 6º de tal decreto, ao dispor sobre os requisitos do auto de infração, não trata do valor da multa, o qual é arbitrado, com a observância dos parâmetros legais, pela autoridade julgadora competente, após regular notificação da autora para defesa administrativa, tendo sido observado, no caso, o devido processo legal, sem demonstrar a autora o contrário para efeito de elidir a presunção de legitimidade e veracidade do procedimento administrativo.

6. Quanto à multa, verifica-se que foi aplicada com atenta indicação da fundamentação fática e jurídica respectiva, inclusive detalhada pela sentença, em valor de R\$ 25.200,00, para os dois autos de infração, acima do piso de R\$ 100,00, mas longe do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), não cabendo cogitar, pois, de ofensa às normas de regência das penalidades aplicáveis, ou aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo porque ainda indicada, sem impugnação, a reincidência da autora na infração, e tampouco em conversão da penalidade em advertência.

7. Agravo nominado desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo nominado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de julho de 2015.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de negativa de seguimento à apelação à sentença de improcedência de ação anulatória de autos de infração e da multa imposta, em razão de manter bombas de combustível com vazamento superior ao limite permitido.

Alegou-se que: (1) há violação ao princípio da legalidade, haja vista que a infração encontra-se fundamentada em portaria; (2) “as assertivas são obscuras e abrem margem à discricionariedade do administrador na verificação de infrações e imposição de sanções, o que é vedado - *nula poena sine praevia lege* - não há crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal (artigo 5º inciso XXXIX, CF/1988), preceito a ser observado também para o caso de infração administrativa” (f. 389); (3) “o Agravante apresentou defesa administrativa, que por sua vez foi indeferida, sem qualquer fundamentação ou motivação, um completo absurdo, e ainda, da mesma forma se portou o órgão fiscal, quando da apresentação do competente Recurso, ou seja, indeferindo-o sem fundamentação alguma” (f. 932); (4) uma vez presente circunstâncias atenuantes e agravantes para a imposição de multas, é necessário que a autoridade analise completamente a questão, sendo que a autuação não esclareceu qual a penalidade aplicada, se advertência ou multa, e qual o respectivo valor; (5) “infração alguma cometeu o Agravante, pois suas bombas estavam completamente aferidas e não apresentava erro acima do tolerável, tendo isso é verdade que no auto de infração não existe a descrição do equipamento utilizado para medição, o que fada de nulidade o presente auto, fato este não impugnado pelo Agravado” (f. 400); (6) não há que se falar em responsabilidade objetiva, uma vez que é explícita a ausência de prejuízo, prova disto é que, nenhum consumidor sofreu quaisquer danos; e (7) “uma multa de mais de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), é completamente desproporcional, lembrando-se que na aplicação da penalidade de multa, a autoridade competente teria que levar em consideração, além da suposta gravidade da infração,

a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes, e o prejuízo causado ao consumidor, fatos estes não levados em consideração pelo agravado” (f. 405)

Apresento o feito em Mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 363/9):

Vistos etc.

Trata-se de apelação à sentença de improcedência de ação anulatória de autos de infração e da multa imposta, em razão de manter bombas de combustível com vazamento superior ao limite permitido. Apelou a autora, alegando: (1) a nulidade da multa aplicada pela falta de fundamentação ou motivação, vez que as decisões administrativas apenas homologaram pareceres genéricos, que não dizem respeito ao caso concreto; (2) autos de infração não atendem os requisitos formais prescritos em lei, pois não identificam o equipamento em que se teria verificado a “suposta” irregularidade cometida; (3) nulidade dos autos de infração por ausência de especificação do valor da multa aplicada, que somente foi definida quando da prolação da decisão administrativa; (4) insignificância dos vazamentos; (5) cabimento da conversão da pena de multa em advertência; e (6) valor da multa exorbitante, merecendo ser reduzido. Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte. DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a autora, sociedade de comércio varejista de combustíveis, foi autuada, duplamente: (1) conforme AI 2210783, por infração aos artigos 1º e 5º da Lei 9.933/1999, c/c o item 13.23 da Portaria INMETRO 23/85, porque: “o bico de descarga apresenta vazamento superior a 40 ml, quando acionado com a bomba medidora desligada” (f. 42); e (2) conforme AI 2210793, por infração aos artigos 1º e 5º da Lei 9.933/1999, c/c o subitem 11.2.1 da Portaria INMETRO 23/85, porque “a bomba medidora apresentava erro relativo superior ao erro máximo admitido pela legislação metrológica” (f. 43) .

Consta da sentença apelada (f. 303/6v.):

“AUTO POSTO ARLEI PRESIDENTE EPITÁCIO LTDA. propõe a presente ação declaratória de anulação de auto de infração e imposição de penalidade (multa) em face do IPEM - Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo, com vistas à anulação integral dos Autos de Infração nº 2210783 e nº 2210793, no valor de R\$ 25.200,00 (vinte e cinco mil e duzentos reais) ou, alternativamente, que seja reduzido o valor da multa aplicada. Em sede de antecipação de tutela, requer seja determinado que o IPEM se abstenha de protestar ou de inscrever seu nome no Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais - CADIN ou em qualquer órgão de restrição ao crédito, expedindo-se, se necessário, eventuais certidões negativas, bem assim a suspensão da exigibilidade dos Autos de Infração nº 2210783 e nº 2210793, até o julgamento deste feito.

O autor defende a nulidade absoluta da multa aplicada por ausência de fundamentação ou motivação, uma vez que as decisões administrativas apenas homologaram pareceres genéricos, que não dizem respeito ao caso concreto ou com as inúmeras circunstâncias fáticas que ensejaram a autuação e a apresentação de defesa administrativa. Sustenta, ainda, que os autos de infração que originaram a multa aplicada não atendem aos requisitos formais prescritos em lei, uma vez que não identifica o equipamento utilizado que teria verificado a suposta irregularidade cometida, consubstanciada no bico de descarga de determinada bom-

ba medidora para combustíveis líquidos ter apresentado vazamento superior a 40 mililitros quando acionado com a bomba medidora desligada e de determinada bomba medidora para combustíveis líquidos ter apresentado erro superior ao tolerado contra o consumidor, ou seja, para mais ou para menos de 0,5 em qualquer vazão situada dentro do campo de utilização. A nulidade dos autos de infração também decorre da ausência de especificação, na oportunidade da autuação, do valor da multa aplicada, que somente foi definida quando da prolação da decisão administrativa. Quanto à irregularidade das bombas, defende que a multa aplicada em decorrência da suposta infração cometida deve ser anulada diante da insignificância do vazamento apresentado. Por fim, pleiteia a aplicação do princípio da proporcionalidade para que a pena de multa seja convertida em advertência, sanção suficiente para a prevenção da suposta irregularidade cometida.

A inicial foi instruída com procuração e documentos (fls. 33/121).

Ordenada a citação, houve-se por bem postergar a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela para após a vinda da resposta do Réu (fl. 124).

Nesse ínterim, retornou a empresa Autora aos autos para reiterar o seu pleito de urgência, oferecendo para tanto, em caução, dois veículos automotores (fls. 130/144).

A decisão de fl. 145 deferiu a liminar pleiteada.

Foi lavrado termo de caução e fiel depositário (fl. 148).

O IPEM apresentou sua defesa a fls. 158/178. Em síntese, destaca que os autos de infração descrevem a infração e o dispositivo legal infringido e que a ampla defesa e o contraditório foram devidamente observados, uma vez que somente após o regular processo administrativo as autuações foram ratificadas e a penalidade aplicada. Em relação aos autos de infração, defende que eles cumprem as regras descritas pela Resolução nº 8/2006, do CONMETRO e o tipo de penalidade aplicada ocorre quando da homologação dos respectivos autos de infração. Quanto ao valor da multa aplicada, consideraram-se os requisitos previstos no artigo 9º da Lei 9.933/99. Por fim, sustentou que o princípio da insignificância não se aplica ao caso, pois a matéria é puramente metrológica, não havendo que se falar em pequeno ou grande prejuízo, mas sim na existência de uma irregularidade que causa danos a coletividade e ao interesse público.

Juntou documentos (fls. 180/258).

Réplica às fls. 274/295.

Intimadas para se manifestarem sobre as provas a serem produzidas, as partes requereram o julgamento antecipado da lide (fl. 295 e fl. 296).

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

É, no essencial, o relatório.

Fundamento e decido.

II

Ao que se depreende da inicial, o autor visa à anulação integral dos Autos de Infração nº 2210783 e nº 2210793, lavrados pelo INMETRO, no valor de R\$ 25.200,00 (vinte e cinco mil e duzentos reais) ou, alternativamente, que seja reduzido o valor da multa aplicada.

A matéria acerca das penalidades aplicadas pelo INMETRO foi regulada pela Lei nº 9.933/97, que assim trata dos pontos que interessam à presente lide:

‘Art. 8º. Caberá ao Inmetro ou ao órgão ou entidade que detiver delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização;

VI - suspensão do registro de objeto; e

VII - cancelamento do registro de objeto.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida pelo infrator;
- III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes
- IV - o prejuízo causado ao consumidor; e
- V - a repercussão social da infração.

§2º. São circunstâncias que agravam a infração:

- I - a reincidência do infrator;
- II - a constatação de fraude; e
- III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas.

§3º. São circunstâncias que atenuam a infração:

- I - a primariedade do infrator; e
- II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo.

§4º. Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8º deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.

§5º. Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente.

Art. 9º-A. O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que tratam os arts. 8º e 9º.

De início, verifica-se que o contraditório e a ampla defesa foram observados no processo administrativo que culminou com a aplicação da pena de multa contra a parte autora e, diversamente do sustentado na inicial, as decisões proferidas foram devidamente motivadas, conforme documentos de fls. 47/106.

A Lei nº 9.933/97, conforme acima transcrito, determina que a pena de multa deve ser aplicada mediante processo administrativo e que o regulamento fixará os critérios e os procedimentos para sua aplicação.

Em atenção ao prescrito pela Lei nº 9.933/97, a matéria foi regulada pela Resolução nº 8/2006 do CONMETRO, sendo que as cópias do procedimento administrativo revelam que as decisões proferidas seguiram os ditames legais e regulamentares.

O Autor foi devidamente intimado dos Autos de Infração lavrados e das possíveis penalidades que poderiam ser aplicadas. Após sua defesa, proferiu-se decisão administrativa sustentando os Autos de Infração e, ao final, aplicada a pena de multa. O Autor interpôs recurso administrativo, que foi analisado e desprovido.

As decisões administrativas, conforme se verifica das cópias de fls. 74/75 e de fls. 102/106 não são genéricas e estão devidamente motivadas. Nelas, verifica-se que os fundamentos veiculados pelo autor foram enfrentados, ainda que forma sucinta, apontando-se que o autor é reincidente e que não foram constatadas razões suficientes para que o valor da multa fosse modificado. Quanto aos requisitos do Auto de Infração, o artigo 7º da Resolução nº 8/2006, do CONMETRO, dispõe o seguinte:

‘Art. 7º. Deverá constar do auto de infração:

- I - local, data e hora da lavratura;
- II - identificação do autuado;
- III - descrição da infração;
- IV - dispositivo normativo infringido;
- V - indicação do órgão processante;
- VI - identificação e assinatura do agente autuante;’

No particular, os Autos de Infração lavrados contra o autor cumprem todos os requisitos exigidos pelo artigo 7º da Resolução nº 8/2006, do CONMETRO, conforme cópias de fls. 71/72. Neles, as infrações cometidas foram devidamente descritas - o autor foi autuado em decorrência de o bico de descarga de determinada bomba medidora para combustíveis líquidos ter apresentado vazamento superior a 40 mililitros quando acionado com a bomba medidora desligada e de determinada bomba medidora para combustíveis líquidos ter apresentado erro superior ao tolerado contra o consumidor, ou seja para mais ou para menos de 0,5 em qualquer vazão situada dentro do campo de utilização - bem como a legislação que fora violada identificada.

Vê-se, portanto, que inexistente ilegalidade no fato de os Autos de Infração não veicularem a penalidade aplicada ou o valor da multa imposta, uma vez que, de acordo com a legislação que rege a matéria, o tipo de pena e o valor da multa, somente devem ser definidos após o regular procedimento administrativo, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Anoto, ainda, que a aplicação da multa pelo réu não viola o princípio da legalidade, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.102.578, julgado sob a sistemática do Recurso Repetitivo de Controvérsia) e nem se apresenta desproporcional, já que a situação que gerou a imposição do multa decorreu de possível lesão ao direito do consumidor e da reincidência do autor, conforme razões lançadas na decisão administrativa de fl. 74.

Com efeito, inexistente ilegalidade ou desproporcionalidade na multa aplicada, uma vez que o valor de R\$ 25.200,00 (vinte e cinco mil e duzentos reais) está entre os parâmetros definidos em lei - a multa poderá variar entre R\$ 100,00 e R\$ 1.500.000,00, sendo que o valor de R\$ 25.200,00 não pode ser considerado desarrazoado - e foi devidamente graduada em decorrência da lesão ao consumidor e agravada em decorrência da reincidência da parte autora.

Quanto à indicação do equipamento utilizado para medição, a alegação de nulidade somente teria sentido se apontado determinado vício que maculasse a medição realizada. Todavia, apesar de instada a dizer sobre provas que pretende produzir, a parte autora ficou-se inerte, não se desincumbindo de demonstrar eventual vício ocorrido.

Desse modo, nos termos do art. 333, I, do CPC, o autor não se desincumbiu de seu ônus probatório.

A propósito, confira-se:

‘TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO. MULTA APLICADA PELO INMETRO. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA PROVA COMPETE AO EMBARGANTE. ARTIGOS 333 E 334 DO CPC.

- Não há nos autos prova do alegado na inicial, portanto, à míngua de produção de provas das nulidades/irregularidades alegadas, entendo pela regularidade da Certidão de Dívida Ativa.

- O ônus da prova competia ao embargante, nos termos do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil. É cediço que os embargos à execução fiscal constituem processo de conhecimento, no qual se aplicam as regras dos artigos 333 e 334, ambos do CPC no que tange ao ônus da prova. No caso em análise, o embargante pretendeu desconstituir a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa, entretanto, não se desincumbiu devidamente.

- Apelação desprovida.’

(0000717-30.2008.4.03.6105, QUARTA TURMA, JUÍZA CONVOCADA SIMONE SCHRODER RIBEIRO, -DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2014)

Por fim, afasto a aplicação do princípio da insignificância.

Conforme defesa apresentada pelo IPEM, a matéria é puramente metrológica, não havendo que se falar em pequeno ou grande prejuízo, mas sim na existência de uma irregularidade que causa danos a coletividade e ao interesse público.

Ademais, a autora não trouxe aos autos elementos dos quais se possa inferir a efetiva quantidade de consumidores lesados com a conduta ilícita descortinada pelo órgão de fiscalização. Agregue-se que não pode ser considerada ínfima ou insignificante conduta que ostenta potencialidade para atingir um número indeterminado de consumidores.

Assim sendo, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

III

Ao fio do exposto, com fulcro no art. 269, I, do CPC, JULGO IMPROCEDENTE o pedido vertido na inicial.

Condeno o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios que fixo em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)."

Como se observa, a sentença encontra-se devidamente motivada, não merecendo qualquer reparo.

De fato, primeiramente cabe destacar que a legalidade das portarias expedidas pelo INMETRO é reiteradamente reconhecida pela jurisprudência, a teor do que revelam, entre outros, os seguintes julgados:

RESP 1.102.578, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 29/10/2009:

"ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. *Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.*

3. *Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.*

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ."

RESP 987.253, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE 16/02/2009:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES AOS INSTITUTOS ESTADUAIS DE PESOS E MEDIDAS - IPEMs. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM BASE EM RESOLUÇÃO DO CONMETRO. FUNDAMENTO NA LEI 5.966/73. PRETENSÃO DE SE ANALISAR SUPOSTA OFENSA A DISPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE 'LEI FEDERAL'. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-COMPROVADO. SÚMULA 13/STJ.

1. (CC 23.218/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 17.5.1999). 5. *É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, 'uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais' (Conforme dispunha o art. 5º da Lei 5.966/73, o INMETRO, como órgão executivo central do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, podia, mediante autorização do CONMETRO, credenciar entidades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal.*

2. No exercício dessa prerrogativa, e para alcançar os seus objetivos, o INMETRO atua por intermédio de órgãos estaduais - Institutos Estaduais de Pesos e Medidas - IPEMs -, mediante delegação.

3. Ademais, o art. 9º da Lei 5.966/73, ainda vigente à época da infração, além de definir as penalidades aplicáveis aos infratores das normas baixadas pelo CONMETRO, conferia ao

INMETRO, na aplicação destas penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, os privilégios e vantagens da Fazenda Pública, a atrair a incidência da norma contida no art. 9º, 2º, do Decreto 70.235/72: '2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.'

4. O INMETRO é parte legítima para efetuar a cobrança de multas aplicadas pelos Institutos Estaduais de Pesos e Medidas, de modo que a Justiça Federal é competente para o processamento e julgamento da respectiva ação executiva, conforme já decidido por esta Corte (CC 23.218/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 17.5.1999).

5. *É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, 'uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais' (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).*

6. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a resoluções, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão 'lei federal', constante da alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

7. Acórdãos oriundos do mesmo Tribunal prolator da decisão recorrida não se prestam à comprovação do dissídio pretoriano, segundo o que dispõe a Súmula 13/STJ.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido."

RESP 597.275, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 25/10/2004:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ADMINISTRATIVO. LEI Nº 5.933/73. PORTARIAS DO INMETRO. LEGALIDADE.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, 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.

2. A Lei nº 5.966/73, instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. O art.2º, de referida norma legal, criou o CONMETRO, e em seu art. 3º enumerou a competência de referido órgão ao passo que o art. 5º, da Lei nº 5.966/73, atribuiu ao INMETRO a função executiva das atividades relacionadas à metrologia.

3. A Resolução nº 11/88 do CONMETRO, ao autorizar o INMETRO a expedir atos normativos metrológicos, não contrariou a Lei nº 5.966/73 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva do CONMETRO, o que, por consequência, afasta a ilegalidade da Portaria nº 74/75 do INMETRO bem como do auto de infração lavrado com fundamento em referido ato normativo.

4. Precedentes desta Corte Superior (RESP 416211 / PR ; Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 31/05/2004; RESP 273803/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/05/2003; RESP 423274/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 26/08/2002).

5. *Ainda que assim não bastasse, a Lei nº 9.993/99, vigente à época da lavratura do auto de infração, legitimava a expedição de atos normativos pelo INMETRO, consoante se colhe do seu art. 3º, verbis: 'Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para: I - elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo Conmetro;(...)'.* Consectariamente, a nova lei que atribuiu, de forma explícita, a competência normativa do INMETRO, a convalidou o auto de infração lavrado contra a empresa recorrente que redundou na aplicação de multa por infração à Portaria nº 74/95.

6. Recurso especial desprovido."

Quanto à materialidade das infrações foi devidamente constatada, sendo incontestado que a fiscalização apurou a existência, no estabelecimento, de bomba medidora de combustíveis líquidos, em situação irregular, com vazamento acima dos limites tolerados previstos na Portaria INMETRO 23/1985, conforme descritivo da autuação, a partir dos dados técnicos lançados nos registros de medições (f. 44/5), demonstrando que em uma das bombas o vazamento era de 125 ml, acima do limite de 40 ml previsto no item 13.23 da Portaria INMETRO 23/1995; e, na outra, havia erro, na vazão máxima em 20 litros, de 1%, quando o tolerado era de 0,5%, em atenção ao subitem 11.2.1 da citada portaria.

Em caso que tais, resta configurada a responsabilidade objetiva do revendedor de combustíveis, consoante jurisprudência consolidada:

AC 00391581920034036182, Juíza Conv. SIMONE SCHRODER, e-DJF3 21/03/2014:

“ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. BOMBAS DE GASOLINA. IRREGULARIDADE. PORTARIA Nº 23/85 DO INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

- Cabe à embargante diligenciar, a fim de trazer aos autos os documentos que entende imprescindíveis para a demonstração dos fatos alegados. A apelante afirmou na petição inicial, a fim de justificar o pedido de expedição de ofícios, que a empresa GILBARCO não fornece cópia das ordens de serviço se não for autorizada pelo INMETRO, no entanto, não trouxe nenhum elemento aos autos que corroborasse essa assertiva.

- A Lei do Processo Administrativo Fiscal, Decreto nº 70.235/72, dispõe em seu artigo 10, incisos, os requisitos obrigatórios no auto de infração. Outros requisitos podem evidentemente constar, porém os obrigatórios devem ser devidamente observados. Verifico que o Auto de Infração da fl. 46 dos autos preenche os citados requisitos.

- O embargante deve preventivamente e periodicamente efetuar revisão geral em suas bombas medidoras, sendo admissível a eventual fiscalização efetuada pelo INMETRO, que por determinação legal deve proceder à verificação de possíveis irregularidades. O que se deve atentar é que a fiscalização não seja feita ao arrepio da lei e que seja conferido ao réu do processo administrativo porventura instaurado o contraditório e a ampla defesa.

- *A ocorrência lavrada constitui infração ao disposto no item 13.1 da Portaria INMETRO nº 23, de fevereiro de 1985, que dispõe que as bombas de combustíveis líquidos, quando utilizadas, devem manter todos os característicos de construção observados no exame inicial e efetuar medições dentro dos limites tolerados nos subitens 11.2.1 e 11.2.2.*

- *O embargante tem responsabilidade sobre os equipamentos utilizados em seu posto de gasolina, conforme consignado na Portaria MME nº 9, de 16/01/97, que em seu artigo 6º, incisos e artigo 11, inciso XI. A parte embargante tinha obrigação de aferir os equipamentos de bombas medidoras, sob pena de sofrer autuação, como no caso dos autos, que culminou com a lavratura de auto de infração.*

- *Não pode pretender que a empresa GILBARCO, eventual responsável pela medição das bombas, seja responsabilizada diretamente pela infração cometida, pois conforme disposto acima, era o embargante quem tinha responsabilidade por manter as bombas em funcionamento regular, suspendendo imediatamente a utilização do equipamento quando constatada a irregularidade, o que efetivamente não ocorreu. Ademais, a sanção aplicada quando da apuração do fato em desacordo com as regras fixadas, independe da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante. Em consequência, não há ainda que se falar em cerceamento de defesa em virtude do indeferimento do Juízo de 1º grau de expedição de ofício à empresa GILBARCO, considerando o entendimento adotado.*

- No que concerne à ausência de intenção de prejudicar o consumidor e à ausência de eventual lucro pelo embargante, é indiferente à configuração da infração administrativa. A lei que define a infração administrativa não contém o elemento subjetivo no pressuposto de fato do ato ilícito.

- *Apeção que se nega provimento.”*

AC 13019496619944036108, Des. Federal SOUZA RIBEIRO, DJF3 25/06/2008:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DO INMETRO - ARTIGO 9º DA LEI Nº 5.966, DE 11.12.1973 - IRREGULARIDADE MECÂNICA NA BOMBA DE ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS - LEGITIMIDADE DA AUTUAÇÃO - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA NÃO AFASTADA.

I - Agravo retido desprovido em suas várias questões pelas quais sustentou cerceamento de defesa: 1) Não houve inversão dos atos processuais na solicitação de esclarecimentos do perito em audiência, pois, nos termos do artigo 435, ‘caput’, do Código de Processo Civil, os quesitos devem ser apresentados pela parte interessada quando requer que o perito seja chamado a prestar esclarecimentos em audiência, sendo o prazo de 5 dias antecedentes à audiência fixado em favor do perito para que possa se preparar e responder aos quesitos na audiência; 2) Os artigos 19 e 33, § único, do CPC, c.c. Lei nº 6.032/74 (Lei de Custas da Justiça Federal, à época vigente), dispõem ser dever da parte que requer a perícia o pagamento dos honorários do perito, como ocorreu no caso dos autos. A norma administrativa invocada pela agravante, Resolução nº 067, de 30.11.1992, do Conselho da Justiça Federal, tem valor meramente exemplificativo, conforme disposto no artigo 1º da própria Resolução, cumprindo ao juízo arbitrar os honorários do expert conforme a complexidade dos trabalhos periciais realizados. 3) a ouvida do representante legal do INMETRO era inadequada à prova da questão mencionada pela embargante, que se consubstancia em matéria técnica a ser averiguada em exame pericial, como já havia sido deferido pelo juízo, ou questão de direito a ser resolvida pelo juízo, competindo-lhe, portanto, o indeferimento nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil.

II - A Lei nº 5.966, de 11.12.1973 criou o Sistema Nacional de Metrologia, criando o Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO, como órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, com atribuições para formular e supervisionar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos industriais, estabelecer normas referentes a materiais e produtos industriais e também fixar critérios e procedimentos para aplicação das penalidades no caso de Infração a dispositivo da legislação referente à metrologia, à normalização industrial, à certificação da qualidade de produtos industriais e aos atos normativos dela decorrentes, dispondo a mesma lei a criação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, autarquia federal, como órgão executivo central do Sistema definido naquela lei, daí porque pode este último validamente estabelecer as normas técnicas do referido Sistema e aplicar as penalidades aos infratores, não havendo ofensa ao princípio da legalidade, pois o campo normativo reservado a estas é o estabelecimento de normas gerais e abstratas, cabendo às normas infralegais a disposição de questões técnicas específicas, sujeitas a constantes alterações do conhecimento científico. Precedentes desta Corte.

III - *A infração tida por ocorrida decorre da obrigação da empresa revendedora de combustíveis na manutenção das condições de utilização das bombas de abastecimento de combustíveis automotivos, e tem previsão nas normas de metrologia constantes do item 13.16 da Portaria nº 023/85 do INMETRO, obrigação especificada também no artigo 15, item ‘7’, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Resolução nº 7/77 do Conselho Nacional do Petróleo.*

IV - *A alegação da empresa de que o dano mecânico constatado pela fiscalização poderia ocorrer a qualquer momento e que isso poderia ter ocorrido pela forma de manuseio da bomba pelo próprio agente fiscal ou naquele mesmo momento, não foi comprovada nos autos pelas provas pericial e testemunhal produzidas, não bastando, para afastar a presunção legal em favor do ato administrativo e do próprio título executivo (Lei nº 6.830/80, art. 3º) a demonstração de que a empresa costumava cumprir suas obrigações regulamentares quanto à manutenção das condições de utilização dos equipamentos, posto que a legislação exigia que a utilização do equipamento fosse de imediato paralisada e comunicado o fato à Distribuidora de combustíveis responsável pelo conserto, por isso não tendo sido desconstituída pela executada/embargante a presunção em favor da CDA.*

V - Agravo Retido e apelação da embargante desprovidos.”

Os autos de infração foram lavrados seguindo as disposições do Decreto 2.953/1999, aplicável à adoção de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, sendo que o artigo 6º de tal decreto, ao dispor sobre os requisitos do auto de infração, não trata do valor da multa, o qual é arbitrado, com a observância dos parâmetros legais, pela autoridade julgadora competente, após regular notificação da autora para defesa administrativa, tendo sido observado, no caso, o devido processo legal, sem demonstrar a autora o contrário para efeito de elidir a presunção de legitimidade e veracidade do procedimento administrativo.

Quanto à multa, verifica-se que foi aplicada com atenta indicação da fundamentação fática e jurídica respectiva, inclusive detalhada pela sentença, em valor de R\$ 25.200,00, para os dois autos de infração (f. 75), acima do piso de R\$ 100,00, mas longe do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), não cabendo cogitar, pois, de ofensa às normas de regência das penalidades aplicáveis, ou aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo porque ainda indicada, sem impugnação, a reincidência da autora na infração, e tampouco em conversão da penalidade em advertência.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Como se observa, a decisão agravada foi fartamente motivada, com exame de aspectos fáticos do caso concreto e aplicação da legislação específica e jurisprudência consolidada, sendo que o agravo nominado apenas reiterou o que havia sido antes deduzido, e já enfrentado e vencido no julgamento monocrático, não restando, portanto, espaço para a reforma postulada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo nominado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0018098-57.2013.4.03.0000

(2013.03.00.018098-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Rés: ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10^a VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe de Processo: AI 509885
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

I - Em ação civil pública, há disposição específica sobre os efeitos do apelo, contida no artigo 14, da Lei nº 7.347/85, no sentido de que “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

II - Neste aspecto, ao contrário do sistema geral do processo civil pátrio (art. 520 do CPC), a regra é a de que a sentença da ação civil pública gera efeitos imediatos, posto que a apelação tem efeito meramente devolutivo.

III - Entretanto, se o magistrado vislumbrar perigo de lesão irreparável na efetivação da decisão, poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso oposto a ela, em expressão de seu poder de cautela e de seu dever de zelar pelos interesses maiores das partes e da Justiça.

IV - *In casu*, restou determinado à UNIÃO FEDERAL a 1) obrigação de fazer no sentido de divulgar a eficácia nacional das normas do Conselho Nacional de Educação vedando a prática de aplicação de avaliação, conhecida por vestibulinho, aqueles que pretendam acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, especialmente Parecer nº 23/2006 emanado do Conselho Nacional de Educação e homologado pelo Ministro da Educação.

V. É certo que malgrado a determinação da eficácia nacional das normas do Conselho Nacional de Educação não seja irreversível, o fato é que sua execução provisória pode causar instabilidade aos destinatários da norma, podendo gerar inclusive tratamento diferenciado para os hiatos não acobertados pelos efeitos da decisão. Esse fenômeno não tem suporte no controle judicial difuso.

VI. Importa, ainda, consignar que a projeção dos efeitos da sentença para além dos limites do território do juízo processante encontra óbice no art. 16 da LAP. Nesse eito, sob o prisma dos efeitos da sentença dentro do juízo processante, o recebimento da apelação do Estado de São Paulo apenas no efeito devolutivo, já salvaguarda os beneficiários da medida judicial. É dizer, a medida que ora se impõe suspende o efeito da sentença no que toca à agravante, mas não malfere o direito dos estudantes paulistas de ingressar no ensino fundamental sem o famigerado Vestibulinho.

VII. Agravo de Instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de julho de 2015.

Desembargadora Federal ALDA BASTO – Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em autos de Ação Civil Pública julgada parcialmente procedente, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DE SÃO PAULO e instituições privadas de ensino, recebeu a apelação da então agravante somente no efeito devolutivo, exceto no capítulo da sentença que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, que recebeu no duplo efeito.

Objetivava a declaração de eficácia nacional de norma oriunda do Conselho Nacional de Educação, aprovada pelo Ministro de Estado da Educação que versava sobre a proibição de exames de seleção de estudantes do ensino fundamental em instituições particulares (“vestibulinhos”) principalmente no Estado de São Paulo, em razão de o respectivo Conselho Estadual de Educação ter emanado parecer autorizando tal critério de escolha para a formação do corpo discente.

A tutela antecipada fora ratificada, em parte, no bojo da sentença para determinar: “(a) que o Estado de São Paulo cumpra, imediatamente, a obrigação de fazer no sentido de divulgar a todas as Instituições de Ensino do Estado de São Paulo a vedação à realização de avaliações para acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, bem como fiscalize quaisquer práticas em contrário; e (b) que as Instituições de Ensino rés se abstenham da realização de vestibulinhos para o acesso de crianças ao primeiro ano do ensino fundamental.”

A União foi condenada a “(1) obrigação de fazer no sentido de divulgar a eficácia nacional das normas do Conselho Nacional de Educação vedando a prática de aplicação de avaliação, conhecida por Vestibulinho, àqueles que pretendem acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, especialmente Parecer nº 23/2006 emanado do Conselho Nacional de Educação e homologado pelo Ministério da Educação; (2), à obrigação de pagar indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), cujo valor deverá ser revertido ao Fundo Federal dos Direito Difusos Lesados.”

A decisão recorrida foi juntada às fls. 418 e foi exarada nos seguintes termos: “(...). Recebo as apelações do Estado de São Paulo e da União Federal somente no efeito devolutivo, exceto no capítulo da sentença que as condenou ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, que também recebo no efeito suspensivo, a fim de evitar danos irreparáveis às partes, nos termos do artigo 14 da Lei federal nº 7.347/1985.”

Inconformada, agrava a UNIÃO, sustentando a necessidade de se atribuir efeito suspensivo à apelação da sentença de parcial procedência, uma vez que passível de causar lesão grave e de difícil reparação. Aduz que não se discute nos autos o direito à educação e sim o

“desconforto causado aos pequenos, em razão da prova a que se submetiam.” Aduz que “o ato do CNE é simplesmente indicativo, não vinculando os estabelecimentos de ensino ao seu cumprimento”. Alega que o MPF não logrou demonstrar o efetivo dano gerado ao público participante de “vestibulinhos”. Fez, todavia, uma inferência dos supostos danos, argumentando que a simples participação nos testes teria causado transtornos psicológicos às crianças. Por fim, a lesão grave de difícil reparação da decisão recorrida se dá, especialmente, em razão da extensão de seus efeitos e pela possibilidade de causar lesão ao desempenho das atribuições do Ministério da Educação. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Os fls. 421/422 deferiu-se a antecipação da tutela recursal a fim de atribuir efeito suspensivo à apelação interposta Pela União Federal.

O Ministério Público Federal apresentou contraminuta (fls. 424/431).

Às fls. 435/438 o MPF opina pelo desprovimento do agravo de instrumento

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Inicialmente, insta observar que o objeto recursal cinge-se ao capítulo da apelação em que condenou a União Federal na obrigação de fazer no sentido de divulgar a eficácia nacional das normas do Conselho Nacional de Educação vedando a prática de aplicação de avaliação, conhecida por Vestibulinho, eis que no ponto a apelação fora recebida apenas no efeito devolutivo.

A ação civil pública objetivava impedir a realização de quaisquer exames de seleção de estudantes para o preenchimento de vagas no ensino fundamental - denominados “vestibulinhos” - em algumas instituições educacionais.

Deferida a liminar pelo Juiz monocrático a r. decisão restou reformada em grau de recurso, sendo concedido o pleiteado efeito suspensivo, requerido pela União (AGU), nos autos do Agravo de Instrumento nº 0082675-54.2007.4.03.0000, nos seguintes termos:

(...) O segundo ponto a ser analisado neste agravo de instrumento diz respeito à multa aplicada pelo magistrado contra a União Federal, sobre ela na liminar assim me manifestei:

“No tocante à cominação da pena de multa aplicada à União, em caso de descumprimento da ordem judicial, entendo ser ela incabível, na espécie, por estar o Poder Público afeto à regras específicas que garantem o cumprimento das decisões emanadas do poder judiciário, sem ter que arcar com o gravame da multa que atinge os bens públicos e, portanto, em última análise, a própria sociedade.

Ademais, levando-se em conta que a União dispõe de procedimentos especiais a serem adotados para o efetivo cumprimento das decisões judiciais, o preceito cominatório de multa, no caso, resta incompatível, se coadunando melhor com a iniciativa privada.

Dessa forma, ao menos em sede de decisão monocrática e liminar, não há dúvida de que os argumentos trazidos pela União merecem acolhida, haja vista a presença da plausibilidade do direito alegado a justificar o deferimento da providência requerida.

Por esses fundamentos, defiro o pleiteado efeito suspensivo para afastar a aplicação da pena de multa imposta à agravante, com efeito retroativo à data da interposição do agravo”.

Processado o feito, sobreveio sentença de parcial procedência da Ação Civil Pública, o que culminou com a interposição do recurso de apelação, recebido somente no efeito devolutivo, no que concerne à obrigação de fazer já aludida, o que rendeu ensejo à interposição do presente agravo.

Do exame do presente recurso, verifico, de pronto, a plausibilidade de direito nas alegações da agravante a justificar o deferimento da providência requerida.

No caso de ação civil pública, há disposição específica sobre os efeitos do apelo, contida no art. 14, da Lei nº 7.347/85, no sentido de que “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

Daí se infere que, ao contrário do sistema geral do processo civil pátrio (art. 520 do CPC), a regra é a de que a sentença da Ação Civil Pública gera efeitos imediatos, posto que a apelação tem efeito meramente devolutivo.

Esta seria a regra. Entretanto, se o magistrado vislumbrar perigo de lesão irreparável na efetivação da decisão, poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso oposto a ela, em expressão de seu poder de cautela e de seu dever de zelar pelos interesses maiores das partes e da Justiça.

Assim, deve ser averiguado o teor da decisão exarada, a fim de se perquirir se esta é capaz de gerar algum dano grave que não seja suscetível de reversão *a posteriori*.

Na espécie, restou determinado à UNIÃO FEDERAL a “1) obrigação de fazer no sentido de divulgar a eficácia nacional das normas do Conselho Nacional de Educação vedando a prática de aplicação de avaliação, conhecida por vestibulinho, aqueles que pretendam acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, especialmente Parecer nº 23/2006 emanado do Conselho Nacional de Educação e homologado pelo Ministro da Educação.”

O cumprimento imediato da decisão redundaria em converter a execução provisória em definitiva, apesar de inexistir o trânsito em julgado.

É certo que malgrado a determinação da eficácia nacional das normas do Conselho Nacional de Educação não seja irreversível, o fato é que sua execução provisória pode causar instabilidade aos destinatários da norma, podendo gerar inclusive tratamento diferenciado para os hiatos não acobertados pelos efeitos da decisão. Esse fenômeno não tem suporte no controle judicial difuso.

Importa, ainda, consignar que a projeção dos efeitos da sentença para além dos limites do território do juízo processante encontra óbice no art. 16 da LAP. Nesse eito, sob o prisma dos efeitos da sentença dentro do juízo processante, o recebimento da apelação do Estado de São Paulo apenas no efeito devolutivo, já salvaguarda os beneficiários da medida judicial.

É dizer, a medida que ora se impõe suspende o efeito da sentença no que toca à agravante, mas não malfeire o direito dos estudantes paulistas de ingressar no ensino fundamental sem o famigerado Vestibulinho.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0028917-19.2014.4.03.0000

(2014.03.00.028917-3)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravados: PEDRO REGINALDO DE ALBERNAZ FARIA E FAGUNDES LTDA. - ME

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe de Processo: AI 544941

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DEFE-RIU DE PEDIDO DE LIMINAR EM MANDADO SEGURANÇA PARA AFASTAR A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE “EXPERIÊNCIA” CONSISTENTE EM AS LICITANTES JÁ TEREM PRESTADO A MESMA ESPÉCIE DE SERVIÇO DE MANUTENÇÃO EM VIATURAS BLINDADAS. NÃO ATENDIMENTO DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA. QUESTIONAMENTO PELA IMPETRANTE APENAS DEPOIS QUE NÃO FOI APROVADA NO CERTAME. RECURSO DA UNIÃO FEDERAL PROVIDO.

1. Questionamento do Edital 10/2014 do Arsenal de Guerra de São Paulo tem por objeto “o registro de preços para eventual contratação de serviços de revitalização em Viaturas Blindadas de Reconhecimento- VBR EE-9 Cascavel Modelo VI ou Modelo VII”, no tocante ao atendimento da exigência de atestado de capacidade técnica, relativo à execução anterior de serviços similares, tanto em relação ao objeto licitado quanto ao especificado, e definido como “Manutenção do 4º escalão pelo Exército Brasileiro”.

2. A intervenção do Poder Judiciário no âmbito das licitações, como em qualquer outro procedimento administrativo, deve restringir-se ao exame da legalidade do certame e do respeito as normas do edital que o norteia.

3. Diante da documentação acostada aos autos verifica-se que a impetrante não atendeu às exigências do edital no momento em que foi apresentada a sua proposta. Destarte, resta difícil cancelar o rompimento do processo licitatório em favor de uma empresa proponente que só se “lembrou” de questionar o edital depois que não foi aprovada no certame.

4. Fazer a manutenção de um carro de combate - mesmo do CASCABEL, que é um carro de antiga fabricação nacional e concebida com certo grau de singeleza - exige uma aptidão técnica profunda; essa tarefa nem de longe é a mesma coisa que fazer a manutenção de um veículo comum.

5. Embora não se negue que a exigência editalícia de “experiência” consistente em as licitantes já terem prestado *a mesma espécie de serviço de manutenção* ao Exército ou a outra força armada, restringe o universo de proponentes, a especificidade da tarefa licitada não torna desarrazoada a providência, pois a manutenção de blindados militares não pode ser entregue a qualquer um, na medida em que os carros de combate são artefatos bélicos essenciais para nosso Exército, como para qualquer outro que deseje ser respeitável.

6. O interesse público é que sobreleva na espécie, em que não se vê de parte do Exército sinal de ilegalidade ou de írrito descrímen na exigência prevista no edital.

7. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento ao agravo de instrumento*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2015.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Agravo de instrumento tirado pela UNIÃO FEDERAL contra decisão que *deferiu em parte* o pedido de liminar em mandado de segurança para afastar a exigência contida no item 9.6.2 do Edital 10/2014, do Arsenal de Guerra de São Paulo (exigência de *atestado de capacidade técnica*, relativo a execução anterior de serviços similares, tanto em relação ao objeto licitado quanto ao especificado, e definido como “Manutenção do 4º escalão pelo Exército Brasileiro”), e para determinar que a proposta eventualmente oferecida pelo impetrante *seja considerada*, suspendendo-se o processo licitatório.

Anoto que o Edital 10/2014 do Arsenal de Guerra de São Paulo tem por objeto “o registro de preços para eventual contratação de serviços de revitalização em Viaturas Blindadas de Reconhecimento- VBR EE-9 Cascavel Modelo VI ou Modelo VII, com execução mediante o regime de empreitada por preço global, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seu anexos” (fl. 31).

O d. juiz de primeiro grau deferiu em parte o pleito liminar por considerar que a exigência para que o atestado de capacidade técnica deva ser “definido como Manutenção de 4º escalão”, não pode ser mantida tendo vista a vedação descrita na lei de licitações (art. 30, § 5º, Lei nº 8.666/93), e também porque a exigência restringe a participação no certame às empresas que *já prestaram a mesma espécie de serviço de manutenção* ao Exército ou a outra força armada, o que inibe a ampla concorrência pretendida pelo legislador na Lei nº 8.666/93.

Nas razões do agravo a União sustenta inicialmente que a impetrante disputou o certame, mas *não foi vencedora*, cuidando de impugnar o instrumento convocatório *após o resultado desfavorável*.

No mais, afirma que o Manual de Campanha tem por objetivo ressaltar as características do serviço licitado e exigir a comprovação de *experiência* em serviço similar no mesmo nível de complexidade, em prol do serviço interesse público.

Deferido o efeito suspensivo (fls. 86/87).

Foi oportunizada resposta ao agravo, tendo decorrido prazo legal sem manifestação da parte agravada (fl. 90, verso).

Parecer do MPF pelo provimento do recurso (fls. 93/96).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

Não foram apresentadas quaisquer argumentações que modificassem o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão que analisou o pedido de efeito suspensivo do presente recurso.

Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo.

A intervenção do Poder Judiciário no âmbito das licitações, como em qualquer outro procedimento administrativo, deve restringir-se ao exame da legalidade do certame e do respeito as normas do edital que o norteia.

Diante da documentação acostada aos autos verifica-se que a impetrante não atendeu às exigências do edital no momento em que foi apresentada a sua proposta.

O E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o edital de licitação vincula o proponente:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FALTA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA EM CERTAME LICITATÓRIO. MERA IRREGULARIDADE.

1. (...)

2. É fato incontroverso que o instrumento convocatório vincula o proponente e que este não pode se eximir de estar conforme as exigências apresentadas no Edital. Devem estar em conformidade com o documento administrativo, tanto a qualificação técnica, como a jurídica e a econômica-financeira.

3. (...)

4. Recurso especial não provido.”

..EMEN:(RESP 200701008879, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/10/2010 ..DTPB:.)

O mesmo posicionamento foi adotado por esse Tribunal Regional Federal:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. EDITAL. REQUISITOS. DESCUMPRIMENTO. INABILITAÇÃO.

(...)

As exigências editalícias em foco constituem um mínimo a que a Administração deve se ater, sob pena de correr o risco de ter como vencedora do certame uma empresa que não tem as condições técnicas exigíveis para o cumprimento do contrato ou é devedora do Fisco.

4. Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado, ante o não cumprimento dos requisitos previstos em edital, ao qual o certame está adstrito.

5. Apelação improvida.”

(AMS 00020170620034036104, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA D, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/07/2011 PÁGINA: 614.)

Destarte, resta difícil chancelar o rompimento do processo licitatório em favor de uma empresa proponente que só se “lembrou” de questionar o edital depois que não foi aprovada no certame. Porém, há mais.

Na verdade, se algum risco existe é para o interesse público, na medida em que a pretensão da impetrante - no caso chancelada sem os requisitos legais necessários, e *ab initio* - importaria em assegurar que alguém pudesse eventualmente dedicar-se à delicadíssima tarefa de manutenção de carros blindados do Exército (CASCABEL) sem reunir as condições objetivas

para essa estratégica função.

Ora, fazer a manutenção de um carro de combate - mesmo do CASCAVEL, que é um carro de antiga fabricação nacional e concebida com certo grau de singeleza - exige uma aptidão técnica profunda; essa tarefa nem de longe é a mesma coisa que fazer a manutenção de um veículo comum.

Embora não se negue que a exigência editalícia de “experiência” consistente em as licitantes já terem prestado *a mesma espécie de serviço de manutenção* ao Exército ou a outra força armada, restringe o universo de proponentes, a especificidade da tarefa licitada não torna desarrazoada a providência, pois a manutenção de blindados militares não pode ser entregue a qualquer um, na medida em que os carros de combate são artefatos bélicos essenciais para nosso Exército, como para qualquer outro que deseje ser respeitável.

O interesse público é que sobreleva na espécie, em que não se vê de parte do Exército sinal de ilegalidade ou de írrito discrímen na exigência prevista no edital.

Ante o exposto, voto por *dar provimento ao agravo de instrumento*.

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0031349-11.2014.4.03.0000

(2014.03.00.031349-7)

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FRANCA - SP

Parte Autora: DAVI MIGUEL SILVA GAMA (incapaz)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: SLAT 2995

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/06/2015

DECISÃO

Em 22 de abril de 2.015, esta Presidência prolatou a seguinte decisão:

Trata-se de de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida nos seguintes termos (fls. 71/73):

“Diante do exposto, havendo prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado pelo autor, bem ainda o justo receio de dano irreparável se o demandante tiver de aguardar até mesmo a finalização da instrução probatória, ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA pleiteada, determinando à União que providencie e custeie, integralmente, tudo o que for necessário para que o autor seja submetido a uma cirurgia de transplante de intestino e aos respectivos tratamentos junto ao Jackson Memorial Medical situado em Miami, Estado da Florida, nos Estados Unidos da América, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de home care que a equipe médica daquele hospital do exterior recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e seus critérios de espera pelo transplante.

Face à experiência com o caso Sophia, a União não poderá, em nenhuma hipótese, deixar de iniciar ou interromper as providências cabíveis alegando ignorância das questões burocráticas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal de quem lhe der causa. Pelo mesmo motivo, este Juízo desde já determina à União que auxilie pró-ativamente o autor e seus pais junto ao Departamento de Polícia Federal, para a expedição dos passaportes de emergência, nos termos do artigo 13 do Decreto n. 5.978/2006, sem o pagamento das taxas, dada a condição de pobreza da família.

Deverá a União auxiliar o autor e seus genitores na obtenção do visto junto às autoridades norte-americanas, inclusive solicitando urgência em virtude da gravidade da situação da saúde do autor, podendo se valer de seu serviço diplomático.

Por fim, deverá providenciar a remoção via aérea pelo menos de Ribeirão Preto-SP, com aeronave equipada com o necessário à manutenção da vida do autor durante o traslado, sem prejuízo da remoção rodoviária até o aeroporto, com os mesmos cuidados.

A União deverá providenciar os depósitos em dinheiro que forem eventualmente exigidos pelo hospital norte-americano, bem ainda a adequada instalação da família (aqui entendida o autor e seus genitores), com o fornecimento de residência próxima ao nosocômio ou eventual alojamento dentro do próprio complexo hospitalar.

Este Juízo assinala o prazo de 15 (quinze) dias para que sejam tomadas as providências cabíveis para a remoção da criança ao exterior e sua internação no referido hospital, sendo que qualquer fato externo que venha a elastecer tal prazo deverá ser cumpridamente demonstrado, sempre no prazo de 24 horas da ocorrência, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil. Tais prazos serão contados da efetiva intimação (e não da juntada aos autos)”.

É uma síntese do necessário.

Em 08 de janeiro de 2015, prolatei a seguinte decisão:

“Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas’, diz o artigo 4º, da Lei Federal nº 8.437/92.

No caso concreto, há *manifesto interesse público e grave lesão à ordem e à economia públicas*, a justificar o deferimento do pedido de suspensão.

A criança, nascida em 12 de março de 2014 (fls. 38), é portadora de doença de inclusão microvilositária (fls. 41), patologia grave e rara, cujo tratamento exige o transplante do intestino. Do nascimento até 6 de outubro de 2014 - data da distribuição da petição inicial, no Juízo Federal de origem (fls. 18) - a criança recebeu atendimento médico, em hospitais brasileiros públicos ou universitários, com a assistência técnica disponível.

A documentação juntada aos autos prova o cuidado e o tratamento dispensados ao menor pela rede pública brasileira de serviço médico, nas cidades de Franca e Ribeirão Preto (SP). A petição inicial da ação noticia, entretanto, que a cura da criança depende de cirurgia altamente sofisticada, inexistente no Brasil, mas realizada, com indicadores de êxito, em hospital de Miami (EUA).

Recebida a petição inicial, no Juízo de origem, *Juiz Federal Substituto* prolatou a seguinte decisão (fls. 56):

‘Sem prejuízo, devido à urgência da apreciação do pedido antecipatório, determino que se oficie ao setor responsável pela realização de cirurgia pediátrica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, o Hospital das Clínicas da Universidade de Campinas e CAISM, vinculado à Universidade de Campinas, requisitando que informem, no prazo de 05 (cinco) dias, se existe a viabilidade técnica da realização do procedimento postulado nestes autos nesses hospitais, no âmbito do Sistema Único de Saúde, caso haja indicação médica para tanto.

Deverão ainda estas entidades informar a taxa de sucesso na realização do referido procedimento, a expectativa de sobrevida e se possuem ciência acerca da existência de eventual benefício em sua realização no hospital indicado na petição inicial, a saber, Jackson Memorial Medical, sediado em Miami-Flórida, Estados Unidos, no que tange aos aspectos mencionados (expectativa de sobrevida, taxa de sucesso).

Devido a exiguidade do prazo ora concedido, a consulta ora formulada se refere à possibilidade, em tese, de realização do procedimento, que não dispensará, obviamente, a apreciação da situação concreta, seja pelo médico assistente da parte autora, seja pelos responsáveis pela realização do procedimento’.

Com a resposta do Hospital de Clínicas, da Universidade Estadual de Campinas, *sem* a manifestação do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HCFMUSP), *outro Magistrado - Juiz Federal* - concedeu a tutela antecipada aqui questionada. Na fundamentação, Sua Excelência explicou que o pedido judicial de informações ao HCFMUSP precisou ser complementado por dados objetivos do prontuário médico da criança. Afirmou, ainda, que aguardaria a resposta do HCFMUSP até o dia 20 de outubro de 2014 (fls. 62), quando, então, decidiria o pedido cautelar.

Sem a manifestação do HCFMUSP, concedeu a tutela antecipada no dia 20 de outubro de 2014. *No dia seguinte* - 21 de outubro de 2014 -, chegou aos autos a opinião técnica colhida junto ao HCFMUSP, cuja elaboração ocorreu em 17 de outubro de 2014 (fls. 74/76).

O documento produzido no HCFMUSP, subscrito pelo Professor Uenis Tannuri, Titular de Cirurgia Pediátrica, Chefe do Serviço de Cirurgia Pediátrica, do Instituto da Criança, registra o seguinte (fls. 76):

‘Neste momento, não há viabilidade técnica da realização de transplante intestinal em paciente com peso de 4.210 gramas. É de consenso mundial que não se indique transplante de intestino para crianças com menos de 10 kg.

Cumpra ainda sublinhar que além do peso e condições clínicas mínimas, há que se ter doadores cadavéricos com órgãos compatíveis e em excelentes condições para doação, motivo pelo qual o procedimento de transplante de intestino ainda não pôde ser realizado no Instituto da Criança da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, portanto não há dados necessários e suficientes para responder as questões referentes à taxa de sucesso e sobrevivência. Os benefícios da realização do procedimento dependerão não só da expertise da instituição (a ser apurada/verificada localmente), bem como da patologia de base e das condições clínicas do paciente por ocasião da realização do ato cirúrgico’.

Há *informação capital* neste documento técnico, subscrito por especialista com a mais alta qualificação: o requisito de *peso mínimo*, para a criança suportar a intervenção cirúrgica de grande porte e exigência.

A opinião do especialista não convenceu o Juiz Federal. Sua Excelência argumentou: ‘O Ilmo. Prof. Dr. Uenis Tannuri entende que não há viabilidade técnica da realização de transplante intestinal em paciente com peso de 4.210 gramas, além de ser consenso mundial que não se indique transplante de intestino com menos de 10 Kg. Tal parecer não infirma a possibilidade que se vislumbra pelos relatos do Dr. Paulo Chapchap e do Dr. Rodrigo Vianna, já citados na decisão antecipatória’ (fls. 78).

Salvo melhor juízo, em *nenhum momento* os médicos *Paulo Chapchap e Rodrigo Vianna* contestaram a exigência de peso mínimo, para a realização da grave intervenção cirúrgica. De plano, anote-se circunstância da maior relevância: ao se referir aos médicos *Paulo Chapchap e Rodrigo Vianna*, a r. decisão ora impugnada fez uso de *prova produzida em outra ação, relacionada a paciente distinto*.

O médico Paulo Chapchap, segundo a transcrição efetuada na própria r. decisão aqui questionada, afirmou (fls. 65): ‘Não é do meu conhecimento que qualquer serviço de transplantes multiviscerais do Brasil tenha submetido ao transplante pacientes com menos de 10 Kg’.

O depoimento do cirurgião Rodrigo Vianna, *prestado em relação a outra criança, tomado, por empréstimo, de caso judicial diverso* - repita-se -, também não dispensa a exigência do peso mínimo, para a realização do transplante.

A r. decisão aqui questionada adotou o depoimento prestado, a uma *rádio*, pelo médico Rodrigo Vianna, e aceitou a *conclusão dele extraída por Desembargador Federal*, para demonstrar algo distinto e estranho à exigência do peso mínimo.

Confira-se o precedente *relacionado a outra criança*, transcrito na r. decisão agora impugnada (fls. 67):

‘De se considerar, também, que o estado clínico da agravada vem se mantendo em situação assaz crítica, especialmente o seu fígado, sobremodo traumatizado pela alimentação exclusivamente parenteral. Outrossim, na entrevista concedida à Rádio Ipanema, o Dr. Rodrigo Vianna afirma que “independentemente da síndrome, ela tem uma doença congênita que está afetando o intestino e que a *nutrição parenteral está afetando o fígado*. Então isso é até *mais importante que a síndrome*, o fato de que ela não consegue fazer a digestão e já estar desenvolvendo problemas com o fígado” (fls. 487v), o que reforça a urgência e a necessidade de transferência da recorrente aos Estados Unidos para realização do transplante ora pleiteado’. Por primeiro, ignora-se o grau de rejeição à alimentação parenteral pelas duas crianças. O fenômeno não é unívoco. *São seres humanos diferentes*. A prova emprestada, para este efeito, é inservível.

Segundo, as intercorrências advindas da aplicação da alimentação parenteral afetam, negativamente, o aumento de peso, repercutindo no mínimo exigível. Por isto, estas eventuais intercorrências podem retardar a realização do transplante.

Além da afirmação do Professor Uenis Tannuri, no documento juntado *após* a concessão da

tutela antecipada, o próprio cirurgião Rodrigo Vianna recomenda a permanência, no Brasil, da criança vinculada a este caso.

Outra circunstância de grande relevo: o médico Rodrigo Vianna é Diretor do Serviço de Transplantes, do Departamento de Cirurgia, da Escola de Medicina da Universidade de Miami, à qual o próprio Hospital de Miami (EUA) está vinculado (fls. 214).

Na troca de correspondência eletrônica com representante do Ministério da Saúde, a respeito da criança vinculada a este caso, o aludido cirurgião escreveu (fls. 197 verso):

'According to the last information we have received about this baby it seems like he still weighting only 5 kilos. Even though we do not have a strong policy regarding the minimum weight to accept a transfer we strongly encourage the weight gain to be achieved in Brazil until he reaches 7 kg. That would be the minimum weight to be included in our waiting list'. Ou seja, o próprio cirurgião do Hospital de Miami (EUA) recomenda a permanência da criança, no Brasil, até o ganho de peso mínimo.

Parece irrefutável que, no curso de *tratamento adequado*, prestado por médicos e professores da rede pública brasileira de assistência, a judicialização prematura da questão fez o Poder Executivo incorrer em despesas desnecessárias e injustificáveis - *US\$ 50.000 foram remetidos ao Hospital de Miami (EUA), no cumprimento da r. decisão aqui questionada.*

O mais grave, porém, é a quebra da *ordem administrativa*, a ruptura da confiança que os usuários do sistema público de saúde devem depositar na execução adequada do serviço - *se e quando isto é exato, como no caso concreto.*

Neste ponto, o fundamental: *não há prova alguma de que, em determinado momento, o sistema público de saúde tenha negligenciado ou recusado qualquer solução para o caso da criança - inclusive a eventual remoção dela para os Estados Unidos, respeitados os protocolos de conduta médica.*

A opção por uma das possibilidades terapêuticas, sem respeito aos protocolos de conduta médica, contra a opinião técnica dos mais qualificados especialistas, com desperdício de finitas verbas públicas, configura grave comprometimento da ordem administrativa e das finanças públicas, com manifesto prejuízo ao interesse público - e, ainda, no limite, pode colocar em risco a vida da criança, inclusive por conta de deslocamentos desnecessários.

Parece claro que o encaminhamento da solução adequada dependerá da *(1) análise de equipe médica qualificada, (2) com base em todo o histórico da criança, (3) no momento em que ela estiver em situação compatível com as exigências de transplante de grande porte.*

Neste momento, sob as condições médicas adequadas - repita-se -, será necessário avaliar todo o quadro de assistência disponível para o tratamento - *também a ida aos Estados Unidos, mas não só.*

Será preciso considerar a existência de outras soluções. Como o tratamento realizado na Argentina, disponível, mais barato e talvez menos penoso para a criança (fls. 109 e 111).

A utilização de equipe técnica do Brasil, uma vez que há médicos brasileiros em processo de treinamento no Hospital de Miami (EUA).

Há hospital nacional de excelência já credenciado pelo Ministério da Saúde, registre-se.

A propósito, o médico Rodrigo Vianna tem realizado transplantes complexos, no *sistema público hospitalar brasileiro.*

Confira-se a correspondência eletrônica de 14 de novembro de 2014, enviada por este profissional (fls. 214):

'Desculpe a demora na resposta. Hoje fiz um transplante multivisceral no HC e acabei passando a tarde por lá. A cirurgia foi muito bem e o doente está bem. Quanto a avaliação do menino, a logística fica complicada porque eu estou voltando amanhã para os EUA. O menino tem menos de 5kg e precisa ganhar peso. Eu estarei de volta em dezembro apresentando meu doutorado aqui e aí poderia avaliar a criança de Franca e de Limeira. Neste mês teríamos tempo para observar o ganho de peso. Acho um pouco precoce levá-los a qualquer lugar neste momento'. Por estes fundamentos, suspendo a tutela antecipada concedida no digno Juízo de 1º grau de jurisdição''.

Jamais houve veto ao tratamento no exterior.

A decisão é literal.

O que não cabia é a judicialização prematura e desinformada da questão, com a exposição da criança a longos deslocamentos desnecessários, *sem condições clínicas para o transplante*, com o dispêndio inútil de verba pública, *passível de empenho para a salvação ou a redução de danos a outras crianças*.

É ver que, no curso da lide, o deslocamento da criança ao Hospital Samaritano, centro de excelência em transplantes, *às custas da União*, contribuiu, decisivamente, para a melhora do quadro clínico.

O Relatório Médico do Hospital Samaritano indica que a criança foi cuidada e estabilizada, preservada dos efeitos de nova e séria infecção.

Com a otimização das condições clínicas da criança, no Hospital Samaritano, o que importa é direcionar a execução do transplante.

Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 0000679-53.2015.4.03.0000, em tramitação nesta Presidência, relacionada a caso similar, a atuação da Procuradoria Regional da República foi eficiente, propiciando a apresentação de prova útil.

Diante deste fato, prolatei, naquele caso, a seguinte decisão:

Ao deferir o pedido de suspensão, levei em consideração o fato de que a União estava - como está - adotando as providências necessárias, para o atendimento aos pacientes necessitados de transplante de intestino.

Isto é exato - nenhuma prova foi produzida em sentido contrário.

Ressaltei ponto específico da questão: *'É certo que o ciclo de transplantes, no Brasil, está na fase inicial. Mas as outras experiências - internacionais - também não estão consolidadas'* (fls. 286).

Quanto a esta particularidade - o ciclo brasileiro de maturação de todos os procedimentos necessários (administrativos, financeiros e médicos) para a realização de transplante de intestino -, a produção de prova nova determina outra abordagem, *para o caso concreto*.

Os dois hospitais brasileiros de excelência - o de Clínicas (fls. 363), da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, e o Albert Einstein (fls. 384) -, credenciados para a realização de transplante de intestino, *jamais* realizaram o procedimento.

Sobre este tema, *a prova é documental*.

De outro lado, é incontroversa a necessidade da realização do procedimento cirúrgico.

Em casos excepcionais, como o presente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal autoriza o empenho de verba pública, para o custeio de tratamento, ainda que vinculado a país estrangeiro - confira-se: STA 50, Relator: Ministro PRESIDENTE NELSON JOBIM.

No presente caso, diante da omissão das partes, determino, *de ofício*, a juntada dos documentos apresentados pelos Hospitais das Clínicas, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, e Albert Einstein.

Não obstante a prova indique que o Poder Público vem realizando avanços sensíveis, para a estruturação de complexo médico-hospitalar capacitado para a realização do transplante discutido nesta ação, o fato é que, *agora*, não é possível executar o tratamento no Brasil - os documentos apresentados pelos dois hospitais mencionados no parágrafo anterior atestam o impedimento.

Em circunstâncias excepcionais, como registrado acima, o Supremo Tribunal Federal admite o emprego de verba pública, para tratamento viabilizado no exterior.

É o caso.

Não cabe, porém, restringir, *sem qualquer avaliação*, o tratamento ao centro médico de

Miami (EUA). Esta deverá ser uma das possibilidades - aceitável, sem dúvida -, a critério justificado da União, cuja conclusão deverá ser apresentada, em 15 dias, ao digno Juízo de 1º grau de jurisdição.

Por outro lado, registro o fato público e notório de que a população foi convocada para o custeio relacionado ao objeto específico desta ação.

Dada a excepcionalidade do caso, a solução não pode deixar de contar com todas as variáveis colaborativas - e seria insensato desprezar as doações realizadas com o fim específico, quando o orçamento público não conta com fonte certa e determinada para atender a pretensão inicial. Por estes fundamentos:

1. revogo, em parte, a decisão de fls. 285/289, para autorizar a realização do transplante no exterior, em centro médico escolhido a critério da União;
2. determino que o autor da ação originária apresente prova documental das contas bancárias utilizadas na arrecadação de dinheiro da população, desde a sua abertura e com toda a movimentação, bem ainda realize o depósito integral do numerário perante o digno Juízo de 1º grau de jurisdição;
3. determino que o dinheiro da União seja utilizado *após* o cumprimento das diligências mencionadas no tópico anterior e o esgotamento dos recursos arrecadados junto à população. Após o início do cumprimento desta ordem, o autor da ação originária deverá, mensalmente, prestar contas do dinheiro arrecadado junto à população e disponibilizá-lo junto ao digno Juízo de 1º grau de jurisdição.

Em 30 de abril de 2015, o digno Juízo questionado prolatou a r. sentença (fls. 856 - vol. 4).

A União pediu (fls. 804/841 - vol. 4), então, a suspensão da execução da sentença, na parte conflitante com a decisão de suspensão da tutela antecipada, acima transcrita.

Em substância, a anterior decisão desta Presidência e a r. sentença são conflitantes em dois pontos:

1) a r. sentença impõe a realização da cirurgia em determinado centro médico e a Presidência entendeu que a União deveria ser ouvida previamente sobre a escolha;

2) a r. sentença dispensa, no pagamento dos custos necessários para o tratamento no exterior, o numerário de titularidade do menor, recebido através de doação, enquanto esta Presidência determinou o empenho do dinheiro na satisfação do encargo.

Por primeiro, julgo prejudicado o agravo (fls. 678 - vol. 3) interposto pelo autor.

É que não mais subsiste a tutela antecipada concedida logo após o ajuizamento da ação. E, como corolário, a ordem de suspensão emitida por esta Presidência.

Defiro, em parte, a suspensão da tutela antecipada concedida na r. sentença.

Quanto à escolha do centro médico, a União teve mais de uma oportunidade para, objetiva e prontamente, apontar e justificar a sua opção.

Agora mesmo, no presente pedido de suspensão de execução da sentença, deveria ter aclarado tal ponto. Ou fazê-lo perante o digno Juízo de 1º grau e dar a notícia aqui.

Leva, no entanto, o espírito de pugna a limite inaceitável.

Mantenho, nesta parte, os efeitos da r. sentença.

Quanto ao numerário de propriedade do autor da ação originária - *seja qual for o título de sua aquisição* -, deve ser empenhado no tratamento.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO

AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.

2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

(RE 607381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209 RTJ VOL-00218- PP-00589).

E, com mais razão - ou força normativa -, quando o dinheiro foi objeto de *doação com encargo*.

Além de notório, é, agora, fato incontroverso a arrecadação de dinheiro promovida junto à população, com a finalidade específica de custear o tratamento do autor.

O autor admitiu o fato reiteradas vezes nos autos, também.

É, assim, indubitável que o significativo valor foi doado pela população, por espírito de alta colaboração e altruísmo.

Trata-se de doação com encargo. O dinheiro não pode, nem deve, ter outra destinação. Seria *fraude* contra o ato de vontade dos muitos que desejaram colaborar para o bom destino da donatária, a criança autora da ação originária.

Sylvio Capanema de Souza aviva, com propriedade, o senso de cuidado social que deve ser dispensado ao instituto da doação:

A doação, genericamente considerada, representa um ato de altruísmo, uma liberalidade, traduzida por uma oferta sem contraprestação, despojando-se o doador, voluntariamente, de um bem, para transferi-lo para o patrimônio do donatário.

No mundo atual, dominado pelo egoísmo e pelos interesses materiais, em que tanto valor se confere ao patrimônio, reveste-se a doação de maior densidade moral, representando, de um certo modo, a grandeza da alma humana.

Mas é justamente aí que estão os perigos que rondam a doação, fazendo com que alguns autores, a começar por Ihering, a considerem com desconfiança, temerosos que a liberalidade que ela encerra seja fruto de um impulso de momento, no fogo da paixão das emoções ou até mesmo da pressão psicológica do beneficiário, aproveitando-se da fragilidade do doador. Essas considerações, que não são inteiramente infundadas, levaram os sistemas jurídicos modernos a fixar limites à sua eficácia, afrouxando o vínculo contratual e criando regras especiais, diversas das que se aplicam aos negócios onerosos.

Maior cuidado, por exemplo, cerca a sua forma, exigindo-se a escrita, a não ser quando se refere a coisas móveis, de pequeno valor, que não representam grande desfalque ao patrimônio do doador.

Também se liberta o doador de alguns deveres, inerentes aos contratos onerosos, como a garantia pela evicção e a responsabilidade pela existência de vícios redibitórios, dispensando-o dos juros moratórios, a não ser que o retardamento na entrega da coisa doada se deva a má-fé. E, para completar o arsenal de medidas que protegem o doador, abrem-se significativas exceções ao princípio geral da força obrigatória e da imutabilidade dos contratos, admitindo-se a inclusão de uma cláusula de reversão, que faz com que os bens doados retornem ao patrimônio do doador, se o donatário precedê-lo na morte, sem falar da revogação por ingratidão do donatário.

Tão marcante é a preocupação do legislador, no que tange à proteção do doador, que o artigo 556 veda a renúncia antecipada do direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário, só a admitindo após consumado o ato que a caracteriza.

Pelas mesmas razões não se permite a doação universal, de todos os bens do doador, sem que reserve ele os necessários à sua subsistência, para que não fique reduzido à miséria, a depender da caridade alheia.

Como se percebe, sem maior esforço, admite-se a doação, louvando-se o altruísmo e a solidariedade humana de que se reveste o negócio, mas as suas consequências, para o doador, são mitigadas, especialmente se o donatário, não correspondendo ao significado ético do gesto, se revela ingrato ou não cumpre os encargos que lhe foram cometidos, o que permite a revogação do benefício, como oportunamente se verá.

(Sylvio Capanema de Souza, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. VIII, Forense, 2004, pp. 82/83).

No caso concreto, a situação dramática da criança configura, exatamente, o “fogo da paixão das emoções” despertado na população caridosa. O Poder Judiciário precisa, neste contexto, zelar pela correta satisfação da vontade dos doadores.

A ação originária tem natureza condenatória. De fazer cumprir obrigação de dar; dar o dinheiro para o custeio do tratamento.

A população atendeu ao chamamento. Não pode pagar duas vezes - uma, no financiamento do SUS, outra, na campanha altruísta. Nem ver o dinheiro recolhido com finalidade específica desviado para outros propósitos - a elevação da condição econômica dos pais do autor ou o pagamento de verba honorária, ainda que tais objetivos também sejam - e são - meritórios e socialmente desejáveis.

O Código Civil é claro. O Poder Judiciário não pode desprestigiar o instituto da doação - tanto mais quando as ofertas são estimuladas em campanhas de massa -, pois a população caridosa ficaria refém de fraudes, na execução dos atos altruístas.

O autor da ação originária tem razão em um ponto, todavia.

É preciso fazer reserva de parte do capital, para o custeio de despesas incidentais ao tratamento. Isto também interessa à União, porque lhe caberia o desembolso imediato de tais verbas.

Do capital, reserve 30%, para o pagamento destas despesas, sendo que todo o numerário deverá ser colocado, de imediato, à disposição do digno Juízo de 1º grau, cabendo ao Ministério Público Federal, na qualidade de curador dos interesses do menor, exercer a fiscalização cabível.

Ao final do tratamento, a sobra destes 30% do capital, se houver, será convertida em prol da União - os outros 70%, desde logo.

Quanto ao capital, reitero a imposição das condições necessárias à fiscalização e ao controle do Poder Judiciário e do Ministério Público Federal: cabe ao digno Juízo de 1º grau examinar cada uma das contas bancárias destinadas à arrecadação de numerário, desde a abertura, e apurar cada um dos pagamentos realizados a partir desta fonte.

Para estes efeitos, *suspendo, em parte, a r. sentença.*

Comunique-se. Publique-se. Intimem-se.

Ciência à Procuradoria Regional da República.

São Paulo, 03 de junho de 2015.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

AGRAVO DE INSTRUMENTO**0015355-06.2015.4.03.0000****(2015.03.00.015355-3)**

Agravante: MARIA DAS MERCÊS SILVA LIRA

Agravada: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: AI 560782

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/07/2015

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito ativo interposto por Maria das Mercês Silva Lira diante da decisão que indeferiu liminar em sede de mandado de segurança preventivo, negando seu pedido de que não se procedesse à sua aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

A agravante afirma que, ao acrescentar o art. 100 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Emenda Constitucional 88 de 07/05/2015 violou cláusula pétrea, pois assegurou a possibilidade de aposentadoria compulsória aos 75 anos apenas para magistrados de tribunais superiores, violando o direito à igualdade dos outros servidores públicos. Assim, a decisão do juízo *a quo* que indeferiu seu pedido liminar teria violado o art. 60, §4º, IV da Constituição Federal. Quanto ao *periculum in mora*, afirma estar configurado pela iminência de sua aposentadoria compulsória, já que completará 70 anos de idade em 07/07/2015.

Decido.

A Emenda Constitucional 88 de 07/05/2015 alterou o art. 40, §1º, II da Constituição Federal no que diz respeito ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público, dando ao dispositivo a seguinte redação:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;

Conforme se observa do dispositivo acima reproduzido, manteve-se a regra de que a aposentadoria compulsória do servidor público ocorre aos 70 anos de idade. A aposentadoria compulsória poderá ser, porém, de 75 anos, conforme dispuser lei complementar.

A Emenda Constitucional 88 também acrescentou o art. 100 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a seguinte redação:

Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os *Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União* aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.

Ou seja, o art. 100 da ADCT prevê exceção à regra da necessidade de lei complementar para fixação de 75 anos como idade para aposentadoria compulsória. No caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União a nova regra de aposentadoria compulsória se aplica automaticamente.

É essa exceção que a agravante afirma ser inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. A agravante afirma que tais princípios obrigariam a extensão da faculdade de se aposentar aos 75 anos a todos os servidores públicos. E, tratando-se esses princípios de direitos fundamentais, o art. 100 da ADCT seria violador do art. 60, §4º, IV, que prevê como cláusula pétrea “os direitos e as garantias individuais”.

Sem razão a agravante.

Não há qualquer inconstitucionalidade na previsão de que apenas a alguns magistrados é garantida a aposentadoria compulsória aos 75 anos, independentemente de lei complementar. Trata-se de vontade legítima do parlamento, que decidiu por dar eficácia imediata à majoração de idade apenas para um grupo muito específico de agentes públicos. Com efeito, a distinção não resulta de nenhuma discriminação incompatível com o princípio da isonomia, justificando-se pela repercussão política, social e econômica da medida no que diz respeito aos magistrados de tribunais superiores.

Foi precisamente isso o que decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal em 21 de maio de 2015 ao julgar Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5316/DF. Confirmam-se trechos das manifestações do Plenário, conforme relatado no Informativo nº 786 do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Igualmente, as funções desempenhadas pelos destinatários atingidos pelo art. 100 do ADCT seriam técnicas, mas de resplandecente repercussão política, social e econômica, o que legitimaria o estabelecimento de critérios distintos daqueles dispensados aos demais agentes públicos. Então, a referida distinção consubstanciaria fundamento razoável para a existência de regra de transição exclusiva para os magistrados do STF e tribunais superiores bem como para os membros do TCU sabatinados em relação à futura vacância do cargo oriunda da aposentadoria compulsória. [...] Assim, a distinção de tratamento dispensada pelo art. 100 do ADCT seria legítima, materialmente constitucional e, por não ofensiva à isonomia, deveria ser observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, caracterizado, portanto, o *fumus boni juris*. O periculum in mora também estaria configurado na medida em que haveria o elevado risco de que magistrados não integrantes da cúpula do Poder Judiciário e do TCU obtivessem decisões liminares favoráveis que afastassem a regra veiculada pelo art. 40 § 1º, II, da CF, introduzida pela EC 88/2015. O afastamento da referida exigência, mediante uma vulgarização indevida alicerçada em errônea aplicação do princípio da isonomia e da unicidade da magistratura, poderia comprometer a legítima vontade do parlamento, que apenas teria reconhecido a eficácia imediata da majoração da idade da aposentadoria compulsória para um grupo muito específico de agentes públicos. [grifei]

É verdade que alguns juízes chegaram a conceder liminares para impedir a aposentadoria compulsória de servidores públicos que completaram 70 anos e não se incluíam no art. 100

da ADCT, mas precisamente com os fundamentos acima reproduzidos, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

declarar sem efeito todo e qualquer pronunciamento judicial ou administrativo que afaste, amplie ou reduza a literalidade do comando previsto no art. 100 do ADCT e, com base neste fundamento, assegure a qualquer outro agente público o exercício das funções relativas a cargo efetivo após ter completado setenta anos de idade. (trecho da decisão da ADI 5316 MC/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.5.2015)

Por fim, observo que não se ignora que tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei que visa regulamentar o art. 40, § 1º, II (PLS 274/2015). Trata-se, porém, apenas de *projeto*, ainda pendente de votação na Câmara dos Deputados e sanção pelo Presidente da República. Incapaz, portanto, de irradiar qualquer efeito.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO ao agravo de instrumento.

Intimem-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 06 de julho de 2015.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0004101-40.1999.4.03.6000
(1999.60.00.004101-0)

Apelantes: MAURÍCIO MARIANO E OUTROS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AC 967368
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/05/2015

EMENTA

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. BOLÃO. MEGA SENA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA. CORRÉ RECONHECE A PARTICIPAÇÃO DOS AUTORES NA APOSTA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA INSTITUIÇÃO CREDENCIADORA ANALISADA COM O MÉRITO. APOSTA NÃO EFETUADA POR ATO LESIVO PRATICADO PELO REVENDEDOR CREDENCIADO - CULPA EXCLUSIVA DA LOTÉRICA. FALTA DE NEXO DE CAUSALIDADE COM A CEF. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO AO PORTADOR. DANO MORAL CONFIGURADO. RECONHECIDA VENDA DE MEIA COTA. APELAÇÃO DA CASA LOTÉRICA PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA CAIXA ECÔNOMICA FEDERAL TOTALMENTE PROVIDA. PRELIMINARES REJEITADAS.

I. Preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir afastada pelo comprovante de participação dos autores no “bolão”, comprovado por recibo confeccionado pela Casa Lotérica.

II. Ilegitimidade *ad causam* da CEF, analisada juntamente com o mérito.

III. Não restou demonstrada a ocorrência de nenhuma conduta ilícita passível de ser indenizada pela empresa pública, nos termos do artigo 159 do Código Civil anterior e artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, que dispõem sobre a responsabilidade civil.

IV. Não há nexo de causalidade entre a conduta da funcionária da Casa Lotérica Central, que deixou de efetuar a aposta, e a Instituição Bancária.

V. Afastada a responsabilização da Instituição Bancária baseada na culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*, porque, ao que se depreende dos autos, o dever de fiscalização da Instituição Bancária era continuamente exercido, não havendo responsabilização por um ato isolado.

VI. Subsiste a responsabilização da Casa Lotérica Central que deve responder inteiramente pela conduta de sua funcionária que não efetuou a aposta, porém não pela cota inteira, mas apenas por meia (1/2) cota.

VII. Presentes os requisitos da responsabilidade civil em relação à *corré* Lotérica Central: culpa na conduta da funcionária que não efetuou a aposta; dano por não terem os autores recebido o prêmio ao qual teriam direito; e nexo de causalidade entre a conduta e o dano, haverá ressarcimento referente ao dano material.

VIII. Prejudicada a questão pertinente aos juros, trazidos pela CEF.

IX. Dano moral reconhecido. A real expectativa pelo recebimento de um prêmio que nunca chegou a se consumir, por negligência do funcionário de casa lotérica, é algo

juridicamente palpável, atingindo a esfera imaterial do autor, por gerar visível frustração e perda de oportunidade por responsabilidade de terceiros.

X - A fixação do dano moral, como corolário natural e esperado do direito à indenização material, deve levar em consideração a magnitude do negócio realizado e a não ocorrência do efetivo resultado concreto esperado. A ocorrência do dano moral está no plano jurídico objetivo e dispensa a comprovação do real prejuízo imaterial sofrido pelos autores, eis que sua prova e os reais reflexos em seu patrimônio intelectual são de difícil demonstração, por falta de critérios específicos, tratando-se, assim, de dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano *presumido* que independe de comprovação. Nesta tripla, considerando ainda que o jogo de apostas é algo tido como de natureza eventual, arbitro a indenização por danos morais em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

XI. Honorários e custas judiciais adaptados às alterações decorrentes do julgamento dos recursos.

XII. Recurso de Apelação da corré Sandra Regina F. G. Romano ME (Casa Lotérica Central) parcialmente provido, para reconhecer a compra de apenas (1/2) meia cota da aposta.

XIII. Recurso da Caixa Econômica Federal provido para o fim de afastar sua responsabilidade pelo evento e imputar exclusivamente à Casa Lotérica Central.

XIV. Recurso dos autores parcialmente provido para condenar a Casa Lotérica Central ao pagamento de danos morais.

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, *rejeitar as preliminares, dar total provimento à apelação da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, dar parcial provimento à apelação da corré SANDRA REGINA F.G. ROMANO - ME e dar parcial provimento ao recurso dos autores*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de maio de 2015.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

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

DESCRIÇÃO FÁTICA: Trata-se de ação ordinária ajuizada por Maurício Mariano e Marilu Coelho de Carvalho Mariano contra Caixa Econômica Federal e Sandra Regina F. G. Romano - ME (Casa Lotérica Central), pleiteando indenização por dano material e moral em decorrência de não pagamento de prêmio da “mega-sena” sorteada com números inclusos em aposta denominada “bolão”, vendida pela casa lotérica, aposta essa que não foi registrada no sistema lotérico da CEF. O valor da indenização requerida pelo dano material é o correspondente ao prêmio a que fariam jus, ou seja, de R\$ 1.350.713,15, (um milhão, trezentos e cinquenta mil, setecentos e treze reais e vinte e cinco centavos) e o do dano moral a ser fixado judicialmente.

A sentença de fls. 270/278 julgou *parcialmente* procedente a ação, afastando o dano moral por falta de prova pelos autores e condenando a Caixa Econômica Federal e a Casa

Lotérica Central, solidariamente, ao pagamento do valor correspondente ao *dano material*, em R\$ 1.350.713,25 (um milhão, trezentos e cinquenta mil, setecentos e treze reais e vinte e cinco centavos), corrigidos com juros compensatórios de 12% ao ano e moratórios de 6% ao ano desde 15.06.1999. Condenou os réus, ainda, pelas custas processuais e honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

A Caixa Econômica Federal apelou requerendo, preliminarmente, a carência de ação por falta de interesse processual, em razão de os autores, contrariamente ao alegado, não terem comprovado participação no bolão; ilegitimidade passiva *ad causam*, em decorrência da cota do “bolão” ter sido adquirida diretamente da Casa Lotérica.

No mérito, aduz que o produto denominado “bolão”, não é comercializado pela Caixa, não constando entre os produtos lotéricos autorizados para comercialização.

Traz à colação a circular Caixa nº 108/97, a qual regulamenta as loterias de números, e prescreve que qualquer jogo feito sem obediência às normas gerais do concurso de prognósticos é de inteira responsabilidade do jogador, o qual assume o risco pessoal de agir, como no caso, em que os apostadores efetivamente não jogaram, comprovada a negligência.

Alega que se trata de serviço precário e a fiscalização que exerce sobre os revendedores lotéricos encontra limite na norma relativa à permissão e nos direitos constitucionais, de acordo com a Circular Caixa 153/98, anexo II, sendo de exclusiva responsabilidade da Casa Lotérica os atos praticados por seus prepostos e empregados, sobretudo aqueles não autorizados, como no caso o “bolão”.

Os bilhetes de loteria premiados são títulos ao portador e não houve, *in casu*, pagamento de prêmio pela ausência formal de aposta.

Alternativamente, requer a incidência de juros a partir da citação em 23.11.99 ou a partir do ajuizamento da ação, em 08.07.99. Deixou matéria prequestionada.

A Casa Lotérica Central, com razão social Sandra Regina F. G. Romano - ME, por sua vez, pugna pelo reconhecimento ao direito dos apelados à apenas *meia cota* do referido bolão e não cota inteira e pelo reconhecimento da responsabilidade exclusiva da Caixa Econômica Federal uma vez que a Casa Lotérica agiu em nome da instituição bancária.

Os autores da demanda pugnam pela total procedência da ação, com o reconhecimento de indenização também pelos danos *morais*, em consequência da desilusão de terem sido sorteados num prêmio pelo qual não receberam, postulando, ainda, a majoração dos honorários advocatícios.

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

É o relatório. Decido.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

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

Trata-se de recursos de apelação interpostos pela Caixa Econômica Federal - CEF, pela Casa Lotérica Central - Sandra Regina F.G. Romano - Me e pelos autores Maurício Mariano e Marilu Coelho de Carvalho, objetivando o ressarcimento pelos danos causados pelo não-recebimento de prêmio de cota do “bolão” da “mega-sena”, do concurso de nº 171 da CEF, por não ter a funcionária da Casa Lotérica efetivado regularmente a aposta.

Inicialmente, ressalvo a questão acerca da competência desta 1ª Seção, a qual foi solucionada em sessão realizada no dia 08/02/2008, no qual o E. Órgão Especial desta Corte julgou improcedente o conflito de Competência nº 2011.03.00.029420-9 (Relator E. Des. Fed. Ney Júnior), reconhecendo, por unanimidade para casos como o presente, a competência da E. Primeira Seção para o julgamento do feito:

Nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. APOSTADOR DE LOTERIA E CEF. CONTRATO DE APOSTA. DIREITO PRIVADO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS INTEGRANTES DA PRIMEIRA SESSÃO DESTA CORTE.

1. A exploração de loteria é um serviço público, porém a relação jurídica que se estabelece entre o apostador de loteria e a CEF é regida pelo direito privado, por tratar-se de mero contrato de aposta.
2. Precedente da Segunda Sessão tirado na questão de ordem arguida no processo nº 2008.03.00.039561-1.
3. Conflito de competência improcedente, declarando competente o Juízo Suscitante para julgamento do feito

Afasto, *prima facie*, a carência de ação decorrente da falta de interesse processual dos autores, alegada pela CEF.

Não há dúvida quanto ao interesse de agir dos autores.

A corré Sandra Regina F.G. Romano - Me (Lotérica Central) afirma, veementemente, a participação dos requerentes na cota do denominado “bolão”, havendo, inclusive, *recibo* emitido por aquela, restando apenas controvérsia com relação ao bilhete apostado, ou seja, se teria sido pago o valor de um bilhete inteiro (cota inteira) ou apenas de “meia cota”.

Desta feita, nada há que se questionar a respeito do verdadeiro interesse dos postulantes na demanda em tela, eis que desembolsaram certa quantia de dinheiro na expectativa de obtenção de um prêmio, o qual não ocorreu, gerando, assim, a possibilidade de composição judicial do dano experimentado.

De outra face, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da CEF, no meu entender, se confunde com o próprio mérito da demanda, razão pela qual com ele será analisado.

No mérito, vejo que a r. sentença deve ser parcialmente reformada.

Com efeito, a responsabilidade pela prática da venda do denominado bilhete de “bolão” deve ser imputado particularmente a quem o vendeu, não havendo *nexo de causalidade* entre o dano causado pela expectativa frustrada do não-pagamento do prêmio e a ação da Caixa Econômica Federal.

O nexo de causalidade de que tratamos significa que não basta a prática de um ato ilícito ou ainda a ocorrência de um evento danoso, mas que entre estes exista a necessária *relação de causa e efeito*, isto é, um liame em que o ato ilícito seja a causa do dano e que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado daquele.

Neste panorama, não vislumbro atribuição de responsabilidade apontada à empresa pública em questão, como acima referido, eis que inexistente liame jurídico entre a negligência da empregada da Casa Lotérica - por não ter gerado o bilhete oficial de aposta no sistema - e a ação/inação específica da Caixa Econômica Federal.

De fato, não restou demonstrada a ocorrência de qualquer ilicitude, quer por ação ou omissão, passível de responsabilização pela empresa pública cogitada, nos termos ditados pelos

art. 186 e 927 do Código Civil.

Em termos concretos, para que a CEF fosse responsabilizada civilmente - caso tivesse ciência pública da aposta e não tivesse realizado o competente pagamento do prêmio - haveria a necessidade da existência de um comprovante formal de aposta do jogo nº 171 da “mega-sena”, mediante recibo *registrado eletronicamente* no sistema de loterias da Caixa, como vem descrito oficialmente pelo documento Circular-Caixa nº 579/2012.

Este recibo eletrônico é o único documento probante do registro da posta oficial no sistema de loterias da Caixa Econômica, o qual habilita o apostador/portador ao recebimento do respectivo prêmio, documento este que *inexiste* no presente caso.

O recibo constante dos autos é apenas um documento emitido por conta e risco da Casa Lotérica Central, correspondente a números não oficialmente apostados, razão pela qual a responsabilização pelo pagamento do prêmio deverá ser imputada inteiramente a quem unilateralmente o confeccionou, dada a inexistência do registro oficial no *sistema* lotérico da CEF.

Como cediço, os bilhetes de loteria são tidos como títulos ao portador; não havendo aposta oficialmente registrada, não há que se cogitar de direito ao respectivo prêmio.

Nem se diga que a responsabilização da Instituição bancária está baseada na culpa *in vigilando* ou culpa *in elegendo* porque, ao que se depreende dos autos, o dever de fiscalização da instituição bancária pública (CEF) era continuamente exercido (fls. 244) e, até então, a Casa Lotérica Central vinha praticando corretamente a prestação dos serviços, razão pela qual não teria como se prever uma conduta isolada, praticada pela *funcionária* do local.

Sendo assim, há de se concluir que subsiste a responsabilização da Casa Lotérica Central, esta sim, inteiramente responsável pela venda de um produto não permitido à época - a denominada aposta de “bolão” - tratando-se de uma promessa de jogo que, na verdade, não se consumou.

No que tange à *fração* da cota, deve prosperar a tese apresentada pela defesa da Casa Lotérica Central - *Sandra Regina F.G. Romano - Me*, referente à diminuição da fração de bilhete adquirido pelos autores, já que os documentos às fls. 17 e 175 e o depoimento da testemunha Sra. Zenilda, às fls. 242, trazem anotações pelas quais se infere que os autores compraram efetivamente meia cota do “bolão”, e não sua fração inteira.

No depoimento da Sr^a. Zenilda, às fls. 242, não há qualquer dúvida a esse respeito:

o manuscrito azul, lançado no documento de fls. 17, fornecido pela casa lotérica, é do punho da proprietária da loja, Dona Sandra; não havia cota inteira disponível em relação ao bolão; havia uma cota pertencente ao marido de Sandra; o marido de Sandra forneceu meia cota aos apostadores Maurício e sua esposa; confirma a depoente que Maurício e sua esposa compraram apenas meia cota; o valor total da aposta era de cinquenta reais...

Quanto ao pleito de dano moral, entendo que a real expectativa pelo recebimento de um prêmio que nunca chegou a se consumir, por negligência do funcionário de casa lotérica, é algo juridicamente palpável, atingindo a esfera imaterial do autor, por gerar visível frustração e perda de oportunidade por responsabilidade de terceiros.

Entretanto, sua fixação, como corolário natural e esperado do direito à indenização material, deve levar em consideração a magnitude do negócio realizado e a não ocorrência do efetivo resultado concreto esperado.

A ocorrência do dano *moral* está no plano jurídico objetivo e dispensa a comprovação do real prejuízo imaterial sofrido pelos autores, eis que sua prova e os reais reflexos em seu

patrimônio intelectual são de difícil demonstração, por falta de critérios específicos, tratando-se, assim, de dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano presumido que independe de comprovação.

Nesta trilha, considerando ainda que o jogo de apostas é algo tido como de natureza eventual, passo a fixar a indenização por danos morais, *in casu*, em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

No tocante aos honorários e custas judiciais, tendo em vista que foram fixados em percentual 5% do valor dado à causa (R\$ 1.350.713,25) - considerando as alterações promovidas no presente julgamento, que afastaram a CEF da obrigação - deverá o autor pagar os honorários no percentual de 2,5% em favor da Caixa Econômica Federal e, em relação aos pedidos formulados contra a lotérica, fica esta condenada no percentual de 2,5% em relação aos autores, dada a sucumbência única ocorrida.

Quanto ao termo inicial para contagem dos juros e da correção monetária, questão trazida pela Caixa Econômica Federal, julgo prejudicada a análise, eis que afastada sua responsabilização civil, sem manifestação dos demais apelantes.

Por todo exposto, *dou parcial provimento ao recurso dos autores para reconhecer, também, o dano moral pleiteado; dou provimento à apelação da Caixa Econômica Federal*, para o fim de responsabilizar apenas a corré SANDRA REGINA F. G. ROMANO ME (Casa Lotérica Central) ao pagamento do prêmio do denominado “bolão” da mega-sena e *dou parcial provimento ao recurso da corré SANDRA REGINA F. G. ROMANO - ME*, reconhecendo a indenização pelo dano material, em menor extensão, ½ (meia) cota.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006235-05.2002.4.03.6107

(2002.61.07.006235-1)

Agravante: CAIXA SEGURADORA S/A

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 389/393vº

Interessados: ARNON RECHE FUGIHARA, ELIZABETH ARAUJO DELNERY FUGIHARA E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AC 1453045

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO OBJETIVANDO QUITAÇÃO DO MÚTUO HABITACIONAL. INVALIDEZ PERMANENTE DO MUTUÁRIO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AGRAVO IMPROVIDO.

1 - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

2 - Embora o pedido da parte autora refira-se ao reconhecimento de cobertura securitária que conduza a quitação do contrato de financiamento, o interesse da Caixa Econômica Federal é evidente porque figura no contrato de mútuo como “preposta” da firma seguradora, de modo que a contratação do seguro deu-se com a presença de Caixa Econômica Federal. Tanto a CEF quanto a EMGEA (que espontaneamente se apresentou nos autos) impugnaram o direito reivindicado pela parte autora, defendendo a inocorrência do fato que geraria a cobertura securitária. Ademais, a natureza do pacto de seguro que se faz na concessão de financiamento pelo SFH, por meio de cláusula cogente e indiscutível, sempre aderida ao mútuo obrigacional, retira dessa avença securitária - onde até mesmo o prêmio é recolhido do mutuário pelo agente financeiro (no caso, a Caixa Econômica Federal) para ser repassado à seguradora - os caracteres do seguro comum na medida em que o agente financeiro do contrato de mútuo está essencialmente preso ao pacto securitário. Evidente o interesse do agente financeiro no desate da demanda em que o mutuário busca a cobertura securitária, a qual, caso concedida, fará com que a indenização pelo “evento morte ou invalidez” seja recebida diretamente pelo agente financeiro.

3 - O prazo prescricional do artigo 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916 corria em desfavor do segurado e não do beneficiário do seguro. A prescrição era vintenária em relação aos beneficiários, pois se trata de um direito pessoal, situação distinta da do segurado que só tem um ano a seu favor para reivindicar a cobertura. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ: REsp nº 174.728/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, unânime, DJU de 09.11.98 - REsp nº 188.401/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, unânime, DJU de 12.06.00 - REsp nº 285.852/SP, Rel. Min. Ari

Pargendler, 3ª Turma, unânime, DJU de 28.05.01. A razão era clara: o texto do inc. II do § 6º do artigo 178 do Código Civil de 1916 mencionava que a ação “do segurado contra o segurador e vice-versa” prescrevia em um ano; assim, uma terceira figura - o beneficiário do seguro - não poderia ser atingido pelo prazo prescricional que contra ele não fora previsto. Ademais, como bem acentuado na r. sentença, a invalidez foi constatada em 02/10/2001, realizando-se o aviso de sinistro em 07/01/2002, causando a interrupção do prazo prescricional, o qual somente voltou a correr com a negativa da cobertura ocorrida em 13/05/2002.

4 - Consta-se às fls. 261 documento que comprova que desde 02/10/2001 fora reconhecida a invalidez permanente do mutuário. O contrato de financiamento habitacional foi celebrado em 25/02/1986 (fls. 31/37). A despeito de ter ocorrido a renegociação da dívida em 12/01/2000, a obrigação securitária permaneceu inalterada desde o início da avença.

5 - São indiferentes para amesquinhar o *dies a quo* da avença as renegociações e os aditamentos de cláusulas contratuais, pois se agregaram ao pacto originário sem que isso implicasse em qualquer novação. Ociosa seria, portanto, qualquer prova “indireta” já que o intento da ré em atestar a data do acometimento da enfermidade geradora da invalidez em nada repercutiria na obrigação securitária, visto que prevalece a data do pacto originário. A prova indireta pretendida seria, além de suspeita, iníqua, diante da realidade evidente de que uma doença que surgiu em 1996 não poderia preexistir à data da celebração do contrato em 1986. A partir dessa realidade, os demais argumentos deduzidos pelas recorrentes em detrimento da obrigação contratual de efetivar a cobertura securitária perdem toda consistência. Assim, inexistente qualquer cerceamento de defesa, resta perfeitamente demonstrado o direito à cobertura securitária tal como reconhecido no julgado de primeiro grau.

6 - Quanto ao pagamento da indenização, ou seja, o destinatário da verba indenizatória, com razão a Caixa Seguradora S/A. ao defender que deverá ser paga diretamente ao agente financeiro, o qual a reverterá para a quitação do mútuo. Tal entendimento está sedimentado na jurisprudência desta Corte Regional (AC 00001081020094036106, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/10/2013).

7 - Fica mantido o provimento de primeiro grau quanto ao reconhecimento do direito do mutuário à quitação da dívida decorrente do financiamento habitacional, por meio da devida cobertura do sinistro de invalidez permanente do segurado. A indenização deverá ser paga pela seguradora à Caixa Econômica Federal - CEF, que, por sua vez, obriga-se a aplicar tal verba na quitação do saldo devedor, desonerando o imóvel garantia da obrigação.

8 - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já expendido nos autos. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

9 - Agravo improvido.

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

São Paulo, 23 de junho de 2015.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) interposto contra r. decisão monocrática proferida às fls. 389/393vº, na forma do art. 557, do CPC.

Em suma, a recorrente alega que a r. decisão agravada não pode prevalecer em face de normas constitucionais e legais, bem como de precedentes jurisprudenciais que foram indicados. Ao final, postula a reforma do r. provimento hostilizado.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

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

O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão monocrática, que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

Observe que o r. provimento hostilizado foi prolatado em precisa aplicação das normas de regência e está adequado ao entendimento jurisprudencial predominante, em cognição harmônica e pertinente a que, ao meu sentir, seria acolhida por esta Colenda Turma, encontrando-se a espécie bem amoldada ao permissivo contido no art. 557 do CPC.

Confira-se:

Trata-se de ação proposta por Arnon Reche Fughiera em face da Caixa Econômica Federal e da Caixa Seguradora S/A. objetivando a quitação do mútuo habitacional por meio do seguro pactuado, em razão da constatação de invalidez permanente do mutuário e da negativa de pagamento da indenização pela seguradora, ao fundamento de ser preexistente a doença causadora da invalidez.

A r. sentença de fls. 318/326 julgou procedente o pedido, determinando as co-rés, solidariamente, o pagamento da indenização no valor de R\$11.392,80 (onze mil, trezentos e noventa e dois reais e oitenta centavos), com correção monetária desde a data do evento (11/06/2001), observe o Manual de Cálculos da Justiça Federal. Juros de mora fixados devidos a partir da data da citação no percentual de 1%.

A Caixa Econômica Federal - CEF interpõe apelação às fls. 329/333. Aduz em preliminar a sua ilegitimidade passiva, afirmando que cedeu à EMGEA diversos créditos imobiliários, dentre os quais o objeto da demanda. Sustenta, ademais que nem a CEF, nem a EMGEA têm legitimidade passiva para responder à demanda, considerando que são apenas credoras hipotecárias e a demanda versa sobre indenização securitária. Argui, em preliminar, a prescrição, informando que o sinistro foi comunicado pelo autor em 11/06/2001, sendo a ação proposta em 15/10/2002, ou seja, transcorrido mais de um ano entre a ocorrência do fato e o ajuiza-

mento do feito. Argumenta que o primeiro contrato firmado em 25/02/1986 foi integralmente liquidado por meio de uma novação ocorrida em 12/01/2000. Relata que no momento em que houve a nova contratação o segurado já portava a doença (arteriosclerose difusa com acidente vascular cerebral). Tal condição excluiria a cobertura securitária, consoante cláusula específica. Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja a sentença reformada e julgado improcedente o pedido.

A Caixa Seguradora S/A., por sua vez, apelou às fls. 340/359, argui em preliminar a nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da pretendida produção de prova pericial, a qual constataria a pré-existência da enfermidade que gerou a invalidez permanente. No mérito, diz que em 12/01/2000 o autor pactuou com o agente financeiro a renegociação da dívida, originando dessa forma, um novo contrato denominado Carta de Crédito Caixa, sendo incluído na apólice Carta de Crédito. Diz que tal pacto previu de forma expressa na cláusula 14ª que o mutuário não contaria com cobertura securitária para os casos de doença preexistente. Sustenta ser imprescindível que o sinistro esteja enquadrado nos riscos cobertos, não podendo a seguradora ser compelida a indenizar para risco que não se obrigou. Aduz que caso seja decidido pela ocorrência de evento coberto pela apólice contratada, ainda assim se impõe a reforma da sentença no que tange à determinação de pagamento da indenização ao mutuário, considerando que a obrigação da seguradora em relação a este é de fazer e não de dar. A indenização deverá ser paga diretamente ao agente financeiro, para a quitação do saldo devedor na data do evento, excluindo-se eventuais prestações em atraso. Pede o provimento do recurso.

Recebidas as apelações, sem contrarrazões (fl. 387-v), subiram os autos a este e. Tribunal. É o relatório. DECIDO.

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil, tendo em vista tratar de matéria já apreciada, com entendimento sedimentado neste Colegiado Regional e no e. Superior Tribunal de Justiça.

A princípio cumpre registrar que a matéria deduzida no agravo retido de fls. 186/187 fora ratificada em sede de preliminar de apelação, devendo ser apreciada nessa seara, restando, portanto, prejudicado o referido agravo.

Preliminar: ilegitimidade passiva CEF/EMGEA

O interesse do agente financeiro no desfecho da lide é notório.

Em verdade, não restou comprovado nos autos que os direitos oriundos do contrato objeto da lide foram de fato cedidos a EMGEA, estando a CEF regularmente obrigada no feito.

Embora o pedido da parte autora refira-se ao reconhecimento de cobertura securitária que conduza a quitação do contrato de financiamento, o interesse da Caixa Econômica Federal é evidente porque figura no contrato de mútuo como “preposta” da firma seguradora, de modo que a contratação do seguro deu-se com a presença de Caixa Econômica Federal. Tanto a CEF quanto a EMGEA (que espontaneamente se apresentou nos autos) impugnaram o direito reivindicado pela parte autora, defendendo a inocorrência do fato que geraria a cobertura securitária.

Ademais, a natureza do pacto de seguro que se faz na concessão de financiamento pelo SFH, por meio de cláusula cogente e indiscutível, sempre aderida ao mútuo obrigacional, retira dessa avença securitária - onde até mesmo o prêmio é recolhido do mutuário pelo agente financeiro (no caso, a Caixa Econômica Federal) para ser repassado à seguradora - os caracteres do seguro comum na medida em que o agente financeiro do contrato de mútuo está essencialmente preso ao pacto securitário. Evidente o interesse do agente financeiro no desate da demanda em que o mutuário busca a cobertura securitária, a qual, caso concedida, fará com que a indenização pelo “evento morte ou invalidez” seja recebida diretamente pelo agente financeiro.

Não há como afastar, destarte, o litisconsórcio passivo da caixa econômica Federal - CEF. A preliminar merece ser rejeitada.

Preliminar: Prescrição

O prazo prescricional do artigo 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916 corria em desfavor do segurado e não do beneficiário do seguro. A prescrição era vintenária em relação aos beneficiários, pois se trata de um direito pessoal, situação distinta da do segurado que só tem um ano a seu favor para reivindicar a cobertura. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ: REsp nº 174.728/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, unânime, DJU de 09.11.98 - REsp nº 188.401/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, unânime, DJU de 12.06.00 - REsp nº 285.852/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, unânime, DJU de 28.05.01.

A razão era clara: o texto do inc. II do § 6º do artigo 178 do Código Civil de 1916 mencionava que a ação “do segurado contra o segurador e vice-versa” prescrevia em um ano; assim, uma terceira figura - o beneficiário do seguro - não poderia ser atingido pelo prazo prescricional que contra ele não fora previsto.

Ademais, como bem acentuado na r. sentença, a invalidez foi constatada em 02/10/2001 (fl. 51), realizando-se o aviso de sinistro em 07/01/2002, causando a interrupção do prazo prescricional, o qual somente voltou a correr com a negativa da cobertura ocorrida em 13/05/2002. Não deve prosperar a preliminar de prescrição.

Preliminar: cerceamento de defesa.

A Caixa Seguradora S/A sustenta a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, aduzindo que não lhe fora dada a oportunidade de provar por meio de perícia médica indireta que a doença que causou a invalidez do mutuário era preexistente à assinatura do contrato novado. Tal matéria, posta como preliminar, tem estreita vinculação ao mérito da causa, oportunidade em que será apreciada conjuntamente com a questão de fundo.

Mérito.

Constata-se às fls. 261 documento que comprova que desde 02/10/2001 fora reconhecida a invalidez permanente do mutuário, ora recorrido.

O contrato de financiamento habitacional foi celebrado em 25/02/1986 (fls. 31/37). A despeito de ter ocorrido a renegociação da dívida em 12/01/2000, a obrigação securitária permaneceu inalterada desde o início da avença.

Nesse sentido, confira-se:

“FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO PELO SFH. COBERTURA SECURITÁRIA. MORTE DO MUTUÁRIO. LITISCONSÓCIO PASSIVO DA SEGURADORA COM A CEF/EMGEA. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA EM DESFAVOR DOS BENEFICIÁRIOS (INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 178, § 6º, II, DO CÓD. CIVIL DE 1916). INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MOLÉSTIA PREEXISTENTE A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO ORIGINÁRIO. HONORÁRIA ADEQUADA. MEDIDA CAUTELAR EM APENSO RATIFICADA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A natureza do pacto de seguro que se faz na concessão de financiamento pelo SFH, através de cláusula cogente e indiscutível, sempre aderida ao mútuo obrigacional, retira dessa avença securitária - onde até mesmo o prêmio é recolhido do mutuário pelo agente financeiro (no caso, a Caixa Econômica Federal/EMGEA) para ser repassado à seguradora - os caracteres do seguro comum na medida em que o agente financeiro do contrato de mútuo está essencialmente preso ao pacto securitário; daí existe evidente interesse do agente financeiro no desate da demanda em que o mutuário busca a cobertura securitária que, caso concedida, fará com que a indenização pelo ‘evento morte ou invalidez’ seja recebida diretamente pelo agente financeiro. Nesse ambiente, não há como afastar-se o litisconsórcio passivo entre o agente financeiro e a seguradora. 2. O texto do inc. II do § 6º do artigo 178 do Código Civil de 1916 mencionava que a ação ‘do segurado contra o segurador e vice-versa’ prescrevia em um ano; assim, uma terceira figura - o beneficiário do seguro - não poderia ser atingido pelo prazo prescricional que contra ele não fora previsto. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ: REsp nº 174.728/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, unânime, DJU de 09.11.98 - REsp nº 188.401/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, unânime, DJU de 12.06.00 - REsp nº 285.852/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, unânime, DJU de 28.05.01. 3. O contrato de financiamento habitacional foi celebrado em 9 de fevereiro de 1995 - quase três anos antes do

surgimento da moléstia (neoplasia de próstata - sendo indiferentes para amesquinhar o *dies a quo* da avença as renegociações e os aditamentos de cláusulas contratuais, pois se agregaram ao pacto originário sem que isso implicasse em qualquer novação. Por aí se vê que seria ociosa qualquer prova 'indireta' porque o intento da ré nada mais seria além da tentativa de 'tapar o sol com a peneira', já que a moléstia que acometeu o mutuário em 1998 jamais poderia ser preexistente na especificidade do caso. A prova 'indireta' pretendida seria, além de suspeita, anódina diante da evidente ilogicidade de que uma doença que surgiu em 1998 não poderia preexistir à data da celebração do contrato em 1995. A partir dessa realidade de clareza solar, os demais argumentos deduzidos pelas rés em detrimento da obrigação contratual de efetivar a cobertura securitária perdem toda consistência. 4. Honorários adequadamente fixados. 5. Ratificada a cautela concedida a fls. 72/75 do apenso para o fim de impedir qualquer procedimento ou medida constritiva tendente ao desapossamento ou execução em desfavor da parte autora. 6. Matéria preliminar rejeitada; apelações improvidas. Sentença mantida na íntegra. Cautelar deferida no pedido cautelar nº 2009.03.00.018985-7 em apenso ratificada até o trânsito em julgado". (AC 09021202920054036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/11/2010 PÁGINA: 237 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SFH. PRESCRIÇÃO ÂNUA. INAPLICABILIDADE AO BENEFICIÁRIO DO SEGURO HABITACIONAL. SINISTRO. COBERTURA SECURITÁRIA. DIREITO A LIQUIDAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. 1. Ação em que a autora pretende liquidação de dívida oriunda de contrato de mútuo habitacional com cláusula de cobertura securitária, em razão de sua invalidez permanente, ocorrida após a celebração do contrato. 2. 'Não se aplica a prescrição prevista no art. 178, parágrafo 6º, inciso II, do Código Civil de 1916 e no art. 206, § 1º, II do novo Código Civil ao beneficiário do seguro habitacional, uma vez que dispõe sobre a ação do segurado (a empresa estipulante) contra o segurador' (AC 2003.33.00.021034-5/BA, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 de 19/02/2010, p. 117). 3. Havendo prova da doença pelo órgão previdenciário, desnecessária é a prova pericial médica na hipótese. Precedentes da Corte. 4. A declaração fornecida pelo INSS, aposentadoria por invalidez da Segurada, é documento hábil para autorizar a cobertura securitária por invalidez prevista nos contratos de mútuo habitacional, presumindo-se legítimas as informações prestadas pela Administração Pública. 5. Havendo cobrança do prêmio do seguro embutido na prestação do financiamento, não pode a Seguradora recusar a cobertura do sinistro, sob pena de se configurar enriquecimento ilícito em detrimento do contratante (AC 2004.33.00.013966-3/BA, Rel. Juiz Federal Convocado Pedro Francisco da Silva, DJ de 03/07/2009, p. 98; AC 2006.33.00.008820-1/BA, Rel. Juiz Federal Convocado Avio Mozar José Ferraz de Novaes, Quinta Turma, DJ de 06/06/2008, p. 307). 6. Mantém-se a sentença que julgou procedente pedido de cobertura securitária, se as provas dos autos (carta de concessão de aposentadoria pelo Órgão Previdenciário) demonstram invalidez permanente da mutuária, ocorrida em data posterior à celebração do contrato habitacional. 7. Decidiu o STJ, no REsp 961.690/RS, que 'o saldo devedor ao encargo do FCVS necessita do pagamento de todas as parcelas do débito para cumprir sua finalidade de quitação das obrigações. As benesses da Lei 10.150/00, no tocante à novação do montante de 100%, refere-se ao saldo devedor, não incluídas aí, as parcelas inadimplidas' (Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 07/11/2008). 8. Não prospera a alegação da Companhia de Habitação do Estado de Minas Gerais COAHB-MG de que a 'responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios é tão somente da Companhia Excelsior de Seguros', uma vez que sendo parte legítima para compor a relação processual, correta a sentença que a condenou, conjuntamente com Seguradora, no pagamento dos honorários advocatícios, tanto mais que impugnou o direito da autora, pleiteado na inicial. 9. Apelações da COAHB/MG, Companhia Excelsior de Seguros e da autora a que se nega provimento". (AC 00305926420074013800, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:05/08/2013 PAGINA:1401.)

“CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SASSE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. INVALIDEZ PERMANENTE NA VIGÊNCIA DO CONTRATO ORIGINÁRIO. INOBSERVÂNCIA. RENEGOCIAÇÃO. NOVAÇÃO NÃO CONFIGURADA. 1. Agravo retido. Prevalece nesta Corte entendimento no sentido de que ‘nos contratos de seguro vinculados ao SFH - Sistema Financeiro da Habitação, a Caixa Econômica Federal atua como preposta da SASSE - Companhia Nacional de Seguros Gerais (atual Caixa Seguradora S/A), funcionando como intermediária obrigatória no processamento da apólice de seguro e no recebimento de eventual indenização’ (AP 2001.01.00.022093-7/MA, Rel. Juiz Convocado Marcelo Albernaz, Quinta Turma, DJ de 18/12/2008). 2. Agravo retido. ‘A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ações propostas por mutuários tanto do Sistema Financeiro da Habitação quanto do Sistema Hipotecário’. Precedentes desta Corte (AC nº 96.01.43003-2/BA) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 13281/BA, REsp nº 135774/BA). 3. O autor é beneficiário do INSS em razão de aposentadoria por invalidez acidentária concedida em 01/11/96, quando vigente o contrato originário contendo cláusula contemplando a obrigatoriedade do pagamento de seguro habitacional. 4. Considerando que o contrato originário data do ano de 1990, o autor, ainda na vigência desse contrato, fazia jus à cobertura securitária, sendo, portanto, indevida a renegociação contratual antes da solução da indenização securitária. 5. ‘A renegociação da dívida não caracteriza novação se o novo contrato não agrega elementos novos, suficientes à caracterização do animus novandi, revelando, assim, a descontinuidade da relação anterior (...)’. (AC 0010570-40.2001.4.01.3300/BA, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1 p.22 de 11/10/2010). 6. Agravos retidos da CEF improvidos. 7. Apelação improvida”. (AC 00064494620004013803, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:21/01/2011 PAGINA:468.)

“CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH). SEGURO. INVALIDEZ PERMANENTE. QUITAÇÃO DO FINANCIAMENTO. TERMO DE RENEGOCIAÇÃO. NOVAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DOENÇA PREEXISTENTE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A renegociação da dívida não caracteriza novação se o novo contrato não agrega elementos novos, suficientes à caracterização do *animus novandi*, revelando, assim, a descontinuidade da relação anterior, tanto mais quando expressamente ratifica os termos do contrato de financiamento anterior. 2. Tem direito à cobertura securitária o mutuário que foi acometido de doença grave, que o impossibilitou de continuar trabalhando, em data posterior à assinatura do contrato de financiamento, não se tratando, portanto, de doença preexistente. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação não provida”. (AC 00105704020014013300, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:11/10/2010 PAGINA:22.)

Assim, são indiferentes para amesquinhar o *dies a quo* da avença as renegociações e os aditamentos de cláusulas contratuais, pois se agregaram ao pacto originário sem que isso implicasse em qualquer novação.

Ociosa seria, portanto, qualquer prova “indireta” já que o intento da ré em atestar a data do acometimento da enfermidade geradora da invalidez em nada repercutiria na obrigação securitária, visto que prevalece a data do pacto originário.

A prova indireta pretendida seria, além de suspeita, iníqua, diante da realidade evidente de que uma doença que surgiu em 1996 não poderia preexistir à data da celebração do contrato em 1986.

A partir dessa realidade, os demais argumentos deduzidos pelas recorrentes em detrimento da obrigação contratual de efetivar a cobertura securitária perdem toda consistência.

Assim, inexistente qualquer cerceamento de defesa, resta perfeitamente demonstrado o direito à cobertura securitária tal como reconhecido no julgado de primeiro grau.

Quanto ao pagamento da indenização, ou seja, o destinatário da verba indenizatória, com razão a Caixa Seguradora S/A. ao defender que deverá ser paga diretamente ao agente financeiro, o qual a reverterá para a quitação do mútuo. Tal entendimento está sedimentado na jurisprudência desta Corte Regional, *verbis*:

“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SEGURO HABITACIONAL. COBERTURA SECURITÁRIA. INVALIDEZ. CEF. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. AFASTADA. INVALIDEZ. DOENÇA PREEXISTENTE. NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO. DEVIDA. RESTITUIÇÃO DE VALORES. VERBA HONORÁRIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE 1. O contrato de financiamento imobiliário para aquisição de imóvel regido pelas normas do SFH, que estabelece de forma exaustiva os critérios para o reajustamento das prestações e de correção do saldo devedor, bem como a exigência da contratação da cobertura securitária imposta pelo agente financeiro, expressa um acordo de vontades com força vinculante entre as partes. 2. A quitação do saldo devedor por cobertura securitária em função de invalidez permanente pode interferir na esfera patrimonial do agente financeiro. Reconhecida a legitimidade passiva da CEF. 3. Na espécie inaplicável o prazo prescricional de 1 ano, previsto no artigo 206, §1º, II, do Código Civil. Devido ao fato de os contratos de seguro habitacional serem obrigatórios, têm os tribunais entendido que se faz necessário distinguir o segurado (instituição financeira mutuante, isto é, a CEF) do beneficiário do contrato (mutuário). Considerando tal distinção e tendo em vista a natureza pessoal do direito do mutuário, é certo que, em relação ao beneficiário (mutuário), o prazo prescricional aplicável é o de 10 anos, previsto no artigo 205 do Código Civil. Prescrição não configurada. 4. O contrato de seguro, celebrado entre o mutuário e a Caixa Seguros S.A., prevê a quitação, pela seguradora, das parcelas vincendas, na hipótese de morte ou invalidez permanente do segurado. 5. É ônus da seguradora comprovar fato que afastaria sua obrigação de indenizar, uma vez que a existência do contrato de seguro e a invalidez do autor são incontroversos. 6. No caso dos autos, considerando que a aposentadoria foi concedida nove anos após a intervenção cirúrgica, a assertiva de doença preexistente somente poderia ser plenamente dirimida - se isto fosse mesmo possível - através de prova pericial, o que sequer foi cogitado nos autos. Não havendo prova da preexistência da doença que provocou o sinistro, é devida a indenização. 7. A restituição dos valores pagos é consequência natural do reconhecimento da quitação do saldo devedor do contrato. Obviamente a quitação se dará com o pagamento da cobertura ao agente financeiro, que deverá necessariamente restituir os valores pagos pelo mutuário após a data fixada para a quitação, sob pena de enriquecimento ilícito pelo recebimento de parcelas em dobro (pagas tanto pela seguradora, em decorrência da quitação, como pelo mutuário, antes do provimento judicial). 8. Nos termos do que decide o e. STJ, em aplicação do Princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual deve arcar com os encargos dele decorrentes. No caso dos autos, ante a recusa da seguradora em quitar administrativamente o saldo devedor do contrato em razão da cobertura securitária por invalidez permanente, a parte autora se viu compelida a comparecer em juízo, buscando provimento judicial que amparasse seu direito. 9. Preliminares rejeitadas. 10. Apelação da Caixa Seguradora S/A desprovida. 11. Apelação da CEF parcialmente provida”. (AC 00001081020094036106, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/10/2013) - grifado. Fica, portanto, mantido o provimento de primeiro grau quanto ao reconhecimento do direito do mutuário à quitação da dívida decorrente do financiamento habitacional, por meio da devida cobertura do sinistro de invalidez permanente do segurado. A indenização deverá ser paga pela seguradora à Caixa Econômica Federal - CEF, que, por sua vez, obriga-se a aplicar tal verba na quitação do saldo devedor, desonerando o imóvel garantia da obrigação. Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, rejeito as preliminares deduzidas pelos recorrentes, nego provimento ao recurso da Caixa Econômica Federal - CEF e dou parcial provimento à apelação da Caixa Seguradora S/A., reformando o r. julgado apenas para determinar que a indenização securitária quantificada seja paga diretamente ao agente financeiro CEF, que, ato contínuo, fica obrigado a promover a quitação do mútuo e a consequente baixa do gravame vinculado ao imóvel adquirido. Mantida a sucumbência, considerando que o pedido da parte autora foi inteiramente atendido. (...)

Assevero que a recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já expendido nos autos. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

Direito Constitucional



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0012564-20.2003.4.03.6100

(2003.61.00.012564-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: WERNHER MATHIAS JOHN GERHARD RODDE E JONES WILSON DA COSTA E SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: ApelReex 1353989

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/06/2015

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE ATIVA DO COAUTOR BRASILEIRO. OUTORGA DE VISTO A ESTRANGEIRO QUE CONVIVE EM UNIÃO HOMOAFETIVA COM BRASILEIRO. ARTIGO 226, § 3º, DA CF. FUNDAMENTO. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 77/2008.

1. O direito vindicado em juízo pertence única e exclusivamente ao outro coautor, único estrangeiro nestes autos.

2. Quanto ao mérito, com razão a União no que concerne ao disposto no art. 226, *caput* e § 3º, da Constituição, que não amparam de qualquer forma a união homoafetiva.

3. No entanto, os casos de associação entre pessoas do mesmo sexo, com identidade de propósitos, e com respeito e afeto pelo respectivo parceiro deve ser considerada nas hipóteses em que possa, dessa convivência, resultar direitos para um dos parceiros.

4. Ainda que o estatuto do estrangeiro não tenha previsão para tanto, o certo que é que a Resolução Normativa nº 77/2008, externando posição razoável do Governo Federal, estabeleceu que a concessão de visto permanente ou autorização de permanência é deferido ao companheiro, companheira, sem distinção de sexo, como alinhavado na sentença proferida.

5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de maio de 2015.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de remessa oficial e apelação apresentada pela UNIÃO FEDERAL em face de sentença proferida em autos de ação ordinária na qual Wernher Mathias John Gerhard Rodde

pede a concessão de visto de permanência em território brasileiro, alegando manter relação homoafetiva com Jones Wilson da Costa e Silva há mais de dois anos.

A sentença julgou procedente o pedido vertido com a inicial, condenando a União Federal ao pagamento de honorários de 5% sobre o valor da causa.

Em razões de apelação aduz a União que o art. 226, § 3º, da CF, traduz-se em barreira intransponível para que a situação vertida nos autos se equipare ao instituto da família, esta sim protegida pelo Estado.

Afirma que, assim como a Constituição Federal, a própria Lei nº 6.815/80 não ampara a pretensão dos autores, exsurgindo, pois, a impossibilidade jurídica do pedido.

Afirma ainda a ilegitimidade ativa *ad causam* do coautor Jones Wilson da Costa e Silva, eis que o pedido de visto permanente envolve unicamente o coautor estrangeiro Werner. Aduz ainda que Werner não juntou aos autos qualquer documento que comprove ter requerido o visto permanente em território nacional, o que retiraria, em tese, a resistência à sua pretensão.

Quanto ao mérito alega que a concessão de visto fora dos parâmetros legais tornará o magistrado um legislador positivo, eis que não há possibilidade de concessão do visto pelo fato de estabelecerem uma convivência, sendo que o próprio estatuto do estrangeiro exige que tenha havido celebração de casamento há mais de 05 (cinco) anos. Que a presença de estrangeiro no território brasileiro, em especial de forma definitiva, é ato de soberania, imune à revisão de outro Poder, e para tanto a Administração está vinculada ao princípio da legalidade, não podendo decidir de forma diversa.

Contrarrazões de apelação às fls. 161

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Acolho a preliminar de ilegitimidade de parte do coautor Jones Wilson da Costa e Silva.

É que o art. 3º do CPC é expresso ao afirmar que para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Ora, o autor não tem nenhuma dessas condições. O interesse social ou sentimental não se alinha com o jurídico.

Demais disso, o art. 6º da lei adjetiva afirma que “ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

O direito vindicado em juízo pertence única e exclusivamente ao outro coautor, único estrangeiro nestes autos.

Excluo-o, pois, da lide, por ilegitimidade de parte ativa.

Quanto ao mérito, com razão a União no que concerne ao disposto no art. 226, *caput* e § 3º, da Constituição, que não amparam de qualquer forma a união homoafetiva.

Leia-se, à propósito:

Art. 226- A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Ora, é evidente que a união homoafetiva, com todo o respeito, é uma forma de convivência entre pessoas de mesmo sexo, mas que não tem a finalidade, constitucional, frise-se, de formação de unidade familiar, ainda que muitos adjetivem essa sociedade como “família”.

Isto porque não haverá descendência, e não poderá haver, portanto, a comunidade familiar, como entidade familiar.

No entanto, os casos de associação entre pessoas do mesmo sexo, com identidade de propósitos, e com respeito e afeto pelo respectivo parceiro deve ser considerada nas hipóteses em que possa, dessa convivência, resultar direitos para um dos parceiros.

Nos idos de 2007 decidi, de forma inovadora, que o companheiro de união homoafetiva tinha direito de receber a pensão do falecido, servidor desta Corte.

Ora, se o que importa é a certeza de que essa convivência é permanente, nada impede que assim seja reconhecido o direito, desse estrangeiro, que não tem união estável ou mesmo família, nos termos da Carta Maior, mas tem uma união reconhecida pela sociedade onde vivem e trabalham, como provam os depoimentos testemunhais, a receber o visto de permanência.

Aliás, nesse sentido, ainda que o estatuto do estrangeiro não tenha previsão para tanto, o certo que é que a Resolução Normativa nº 77/2008, externando posição razoável do Governo Federal, estabeleceu que a concessão, no caso dos autos, de visto permanente ou autorização de permanência é deferido ao companheiro, companheira, sem distinção de sexo, como alinhado na sentença proferida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da União Federal, bem como à remessa oficial. Julgo extinto feito em relação a Jones Wilson da Costa e Silva, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Mantenho a sucumbência em favor do autor remanescente fixado em 5% sobre o valor dado à causa, que se mostra razoável, sem condenação do coautor excluído, eis que sucumbia em parte mínima.

É com voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000707-59.2012.4.03.6003
(2012.60.03.000707-1)

Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS
 Apelado: THIAGO ALBERTO DE ARAUJO MADALENA
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TRÊS LAGOAS - MS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
 Classe de Processo: AC 2059270
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRONICO 03/07/2015

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES EM HORÁRIO ALTERNATIVO. ABONO DE FALTAS. MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA E AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA.

1. Ao ingressar na instituição de ensino superior, concordou o autor em submeter-se às regras estabelecidas pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.
2. O autor tinha ciência da necessidade de comparecer às atividades acadêmicas aos sábados desde o momento em que se matriculou na instituição de ensino superior.
3. Não pode agora pretender eximir-se ou modificar as atividades acadêmicas as quais deve frequentar regularmente.
4. O dever de frequentar regularmente e obter média suficiente nas provas realizadas para a devida aprovação é imposição destinada a todos os estudantes, independentemente de qualquer convicção religiosa.
5. As regras estabelecidas, às quais todos os alunos devem ser submetidos de forma igualitária, prestam-se a contribuir para garantir um mínimo de qualidade na prestação dos serviços de educação, em atendimento ao princípio constitucional assegurado no artigo 206, inciso VII, da Constituição Federal.
6. Inversão do ônus da sucumbência. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observando-se o fato de o autor ser beneficiário do deferimento da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de junho de 2015.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, visando compelir a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS a oferecer ao autor atividade alternativa referente às aulas realizadas aos sábados, promovendo o abono e/ou justificação das respectivas faltas, oportunizando-se a realização das avaliações agendadas para os sábados, para após o por do sol do sábado ou em outro horário, vez que segue credo da Igreja Adventista do Sétimo Dia.

A sentença julgou procedente o pedido. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Em apelação, a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul pugnou pela reforma da sentença.

Sem 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):

Ao ingressar na instituição de ensino superior escolhida para cursar o Curso de Mestrado Profissional em Matemática da Sociedade Brasileira de Matemática, polo UFMS - Campus Três Lagoas/MS, concordou o autor em submeter-se às regras estabelecidas pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul em atenção à Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Convém frisar que o autor já tinha ciência da necessidade de comparecer às atividades acadêmicas aos sábados, desde o momento em que se matriculou na instituição de ensino superior.

Por conseguinte, não pode agora o autor pretender eximir-se ou modificar as atividades acadêmicas as quais devem frequentar regularmente.

Como se sabe, o dever de comparecer regularmente as aulas é imposição destinada a todos os estudantes, independentemente de qualquer convicção religiosa.

As regras estabelecidas, às quais todos os alunos devem ser submetidos de forma igualitária, prestam-se a contribuir para garantir um mínimo de qualidade na prestação dos serviços de educação, em atendimento ao princípio constitucional assegurado no artigo 206, inciso VII, da Constituição Federal.

Aliás, merece destaque trecho do parecer ministerial da lavra da Procuradora Regional da República Elizabeth Kablukow Bonora Peinado no mandado de segurança nº 0007073-14.2008.4.03.6114, ao se reportar à Ação Direta de Inconstitucionalidade 2806, relator Ministro Ilmar Galvão (fls. 216/219):

A crença e a liberdade religiosas não são, em momento algum, violadas, uma vez que a impetrante não está impedida de professar sua religião, tampouco sofre discriminação por isso. No entanto sua liberdade religiosa não pode interferir na autonomia universitária para estipular, tal como prazo de matrícula, dia de início e término das aulas, calendário das provas e grade de aulas.

Nesse sentido já se pronunciou o Colendo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade que trata de lei estadual que determinou diferenciação de calendário, de acordo com a religião do aluno.

Confira-se referida decisão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.830, DE 16 DE SETEMBRO DE 2002, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ADEQUAÇÃO DAS ATIVIDADES DO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL E DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICOS E PRIVADOS AOS DIAS DE GUARDA DAS DIFERENTES RELIGIÕES PROFESSADAS NO ESTADO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 22, XXIV; 61, § 1º, II, C; 84, VI, A; E 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

No que toca à Administração Pública estadual, o diploma impugnado padece de vício formal, uma vez que proposto por membro da Assembléia Legislativa gaúcha, não observando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo graus, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade competência legislativa privativa da União. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual nº 11.830/2002 viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais. Ação julgada procedente (STF, ADI 2806, relator Ministro Ilmar Galvão, DJ: 27/06/2003)

A respeito do tema, manifestou-se a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO E RELIGIÃO. MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. PERÍODO DE GUARDA RELIGIOSA. LEI Nº 12.142/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. OPORTUNIZAÇÃO DE ALTERNATIVA À FREQUÊNCIA ÀS AULAS DE SEXTAS-FEIRAS.

1. A relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeu não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não há falar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confira direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas, durante o período de guarda religiosa.

2. Recurso ordinário provido.

(STJ, RMS 37.070/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. REALIZAÇÃO EM DIA DIVERSO DO PROGRAMADO. LIMINAR DEFERIDA. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO.

I - A liminar foi deferida quando a recorrente, por ter deixado de realizar o teste de aptidão física na data prevista em edital de convocação, já estava eliminada do certame. Ao ser casada pelo e. Tribunal *a quo*, quando do julgamento final do mandamus, a recorrente voltou à situação anterior de candidato eliminado do concurso, razão por que não poderia prosseguir no certame.

II - O direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição da República, não pode almejar criar situações que importem tratamento diferenciado - seja de favoritismo seja de perseguição - em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa. Precedente.

Recurso ordinário desprovido.

(STJ, RMS 22.825/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 390)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CURSO DE ENSINO SUPERIOR A DISTÂNCIA. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. HORÁRIO ESPECIAL DE FREQUENCIA ÀS AULAS PRESENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA.

1. Sentença que julgou improcedente pleito dos autores, adventistas do sétimo dia, que pretendiam lhes ser assegurado o direito de frequentar os encontros presenciais de seus respectivos cursos, de modalidade a distância, determinando-se ao IFAL a sua realização aos domingos e disponibilizando horário alternativo para as avaliações ou, alternativamente, a substituição dos encontros por atividades complementares em horário compatível com a sua crença religiosa.

2. Questão que já foi examinada pela Turma quando do julgamento do agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pleito de antecipação de tutela (AGTR nº 121347-AL). Adoção das mesmas razões.

3. Cientes das regras da instituição de ensino superior e da impossibilidade de suas presenças nas aulas aos sábados, não há como os apelantes, sob o argumento de liberdade de crença, pleitearem que o apelado disponibilize dia alternativo ao cumprimento do currículo regular exigido, uma vez que tal atitude violaria tanto o princípio da isonomia como o da autonomia universitária. Precedentes deste egrégio Tribunal.

4. Apelação à qual se nega provimento.

(TRF5, AC 0006591-72.2011.4.05.8000, relator Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, DJE: 31/01/2013)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CURSO À DISTÂNCIA. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. HORÁRIO ESPECIAL DE FREQUENCIA A AULAS E PROVAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O direito à liberdade de crença, assegurado pela Carta Magna, não pode pretender criar situações de favoritismo em relação a outros que não professem a mesma convicção religiosa.

2. Hipótese em que a apelada estava ciente das regras do IFAL e da impossibilidade de sua presença nas aulas e provas realizadas aos sábados, de modo que não cabe o pleito de disponibilização de horário alternativo para o cumprimento do currículo regular exigido, sob pena de violação da autonomia universitária e do princípio da isonomia.

3. Apelação provida.

(TRF5, AC 0006592-57.2011.4.05.8000, relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJE: 19/12/2012)

ENSINO SUPERIOR. ALUNO ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. EXIGÊNCIA DE FREQUÊNCIA DE AULAS ÀS SEXTAS-FEIRA À NOITE E AOS SÁBADOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO CONSTITUCIONAL.

1. A Lei 9.394/96 estabelece a obrigatoriedade de frequência de alunos e professores (art. 47, § 3º).

2. Embora a Constituição proteja a liberdade de crença e de consciência e o princípio de livre exercício dos cultos religiosos (CF, artigo 5º-VI), não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de cada religião. Estabelece apenas o dever do Estado no sentido de proteger os locais de culto e suas liturgias (CF, artigo 5º-VI, final), sob a condição de que não ofenda o interesse público.

3. A jurisprudência desta Corte entende que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei. (Cf. TRF1, AG 2001.01.00.050436-4/PI, Segunda Turma, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 09/09/2002, e AMS 1997.01.00.040137-5/DF, Sexta Turma, Juiz Souza Prudente, DJ 28/09/2001.)

4. Apelação dos impetrantes improvida.

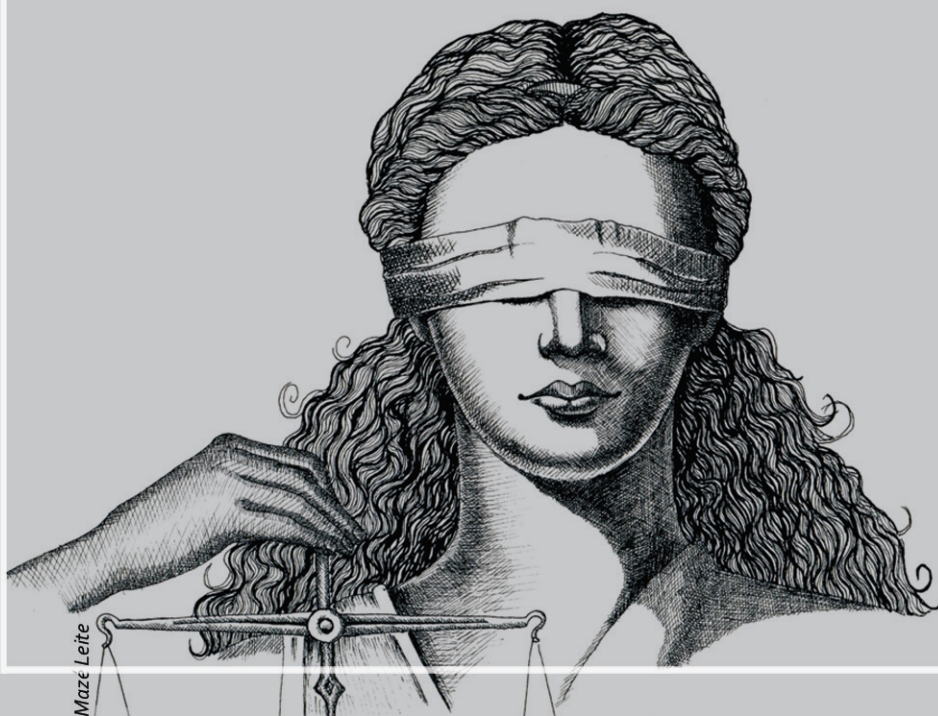
(TRF1, AMS 2010.35.00.001891-0, relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, e-DJF1: 25/03/2011)

Inversão do ônus da sucumbência. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observando-se o fato de o autor ser beneficiário do deferimento da justiça gratuita.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0004285-45.2004.4.03.6121
(2004.61.21.004285-6)

Apelantes: ALEXANDRE HENRIQUE RODRIGUES E JUSTIÇA PÚBLICA
Apelados: OS MESMOS
Excluída: SOCIEDADE EXTRATIVA PILOTO LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TAUBATÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe de Processo: ACr 37949
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/07/2015

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE E CONTRA O PATRIMÔNIO DA UNIÃO. ARTIGO 55, DA LEI Nº 9.605/98. ARTIGO 2º, DA LEI Nº 8.176/91. PRESCRIÇÃO DO CRIME AMBIENTAL. RECURSOS PARCIALMENTE PREJUDICADOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. TENTATIVA AFASTADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO. RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO. PUNIBILIDADE EXTINTA.

1. Punibilidade extinta pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito tipificado no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, com base na pena máxima em abstrato.

2. A Lei nº 8.176/91 não foi revogada pela Lei nº 9.605/98, pois aquela, através de seu artigo 2º, trata de crime contra o patrimônio público federal, que é formal, consumando-se mediante a mera produção de bens ou a exploração de matéria-prima da União, sem autorização legal ou em desacordo com esta; enquanto a outra trata de sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Assim, embora as condutas descritas nos tipos penais sejam semelhantes, as normas tutelam bens jurídicos diversos.

3. Materialidade delitiva demonstrada em face da comprovação da existência de empreendimento dotado de diversos equipamentos destinados à extração de areia, recurso mineral pertencente à União (art. 20, IX, CF), em área não licenciada pelos órgão estaduais competentes, bem como em desacordo com o projeto apresentado e aprovado.

4. Não há falar em tentativa, vez que as informações fornecidas pelos órgãos ambientais são claras no sentido de que a areia estava sendo extraída em área não autorizada, até que todos os equipamentos necessários para realizar a extração foram encontrados no local.

5. Autoria delitiva comprovada, vez que o réu era o administrador da empresa que exercia a aludida atividade de extração de areia.

6. Dolo demonstrado, pois o acusado tinha plena ciência sobre a necessidade de outorga da Administração Pública para explorar matéria-prima pertencente à União, tendo em vista que ele próprio afirmou em sede policial que resolveu, deliberadamente, iniciar a lavra na área mesmo sem as autorizações dos órgãos competentes, tendo, em Juízo, confirmado as afirmações prestadas na investigação e esclarecido que estava apenas

preparando a área para exploração.

7. Condenação pela prática do crime previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91 mantida.

8. Pena-base mantida em 1 (um) ano de detenção, tendo em vista que a MMª Juíza *a quo* a fixou no mínimo legal e inexistiu impugnação da acusação a respeito.

9. Na segunda fase, embora se possa vislumbrar a ocorrência da atenuante da confissão espontânea, a pena deve sofrer redução em razão de encontrar-se no mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231, do C. Superior Tribunal de Justiça.

10. Na terceira fase, afastada a tentativa, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito descrito no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, desaparecendo a figura do concurso formal, e inexistindo outras causas de aumento ou diminuição, a pena resta definitivamente fixada em 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa.

11. Valor unitário de cada dia-multa mantido, vez que revela-se compatível com a condição financeira do acusado, bem como com o dano de natureza difusa causado ao meio-ambiente.

12. Considerando que a pena ora aplicada (um ano de detenção) enseja o prazo prescricional de 4 (quatro) anos (art. 109, V, CP), verifica-se que restou transcorrido entre a data da publicação da sentença condenatória e a presente data.

13. Punibilidade do acusado declarada, *ex officio*, extinta em relação ao delito previsto no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, restando prejudicadas as apelações quanto a este delito; apelação do Ministério Público Federal provida para afastar, quanto ao delito tipificado no artigo 2º, Lei nº 8.176/91, a causa de diminuição de pena referente à tentativa; apelação da defesa improvida; punibilidade do acusado declarada, *ex officio*, extinta pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, no tocante ao crime previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do Ministério Público Federal para afastar, em relação a ambos os delitos, a causa de diminuição de pena referente à tentativa; negar provimento à apelação da defesa; e declarar, *ex officio*, extinta a punibilidade do acusado pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em relação a todos os fatos lhe imputados na denúncia pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos artigos 107, IV, 109, V, 110 e 119, todos do Código Penal, e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2015.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo réu

Alexandre Henrique Rodrigues em face da sentença que o condenou pela prática dos crimes previstos nos artigos 2º, da Lei nº 8.176/91 e 55, da Lei nº 9.605/98, ambos c/c artigo 14, II, do Código Penal.

Narra a denúncia que, em 19 de janeiro de 2004, no município de Tremembé/SP, Alexandre Henrique Rodrigues, na qualidade de administrador da empresa “Sociedade Extrativa Piloto Ltda.”, extraiu areia sem permissão e explorou matéria-prima pertencente à União sem autorização exigida por lei (fls. 02/04).

A denúncia foi recebida aos 12 de dezembro de 2007 (fl. 129).

Após regular instrução, sobreveio sentença, publicada em 10 de fevereiro de 2009 (fl. 199), que julgou procedente a ação penal para condenar o réu Alexandre Henrique Rodrigues ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, substituída por uma pena restritiva de direito, e de multa de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática, em concurso formal, dos crimes previstos nos artigos 2º, da Lei nº 8.176/91 e 55, da Lei nº 9.605/98, ambos na modalidade tentada (fls.187/198).

Em razões recursais, o Ministério Público Federal pugna pela condenação do acusado pela prática dos delitos consumados, vez que são de perigo abstrato, de maneira que se consumam com a prática de qualquer ato de execução (fls. 201/206).

Por sua vez, a defesa pugna pela absolvição, alegando para tanto falta de provas de extração de areia sem autorização, bem como que não houve sua apreensão, muito menos a realização de perícia no local dos fatos. Ainda, afirma que os equipamentos não eram capazes de extrair recursos minerais, de maneira que só foram cometidos atos preparatórios. Subsidiariamente, caso mantida a condenação, requer a redução do valor unitário do dia-multa (fls. 225/236).

Foram apresentadas contrarrazões pela acusação (fls. 211/215 e 240/242).

A Procuradoria Regional da República da 3ª região opinou, em parecer, pelo improvimento do recurso da defesa e provimento do recurso da acusação para condenar o acusado pela prática dos crimes consumados previstos nos artigos 2º, da Lei nº 8.176/91 e 55, da Lei nº 9.605/98 (fls. 245/251).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Inicialmente, considerando que a pena máxima cominada em abstrato ao delito tipificado no artigo 55, da Lei nº 9.605/98 é de 1 (um) ano de detenção, ensejando prazo prescricional de 4 (quatro) anos, constata-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, verificada entre a data da publicação da sentença condenatória (10.02.2009) e a presente data.

Assim, deve ser declarada extinta a punibilidade do apelante pela prática do crime previsto no artigo 55, da Lei nº 9.605/98 pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V, e 119, todos do Código Penal, e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, subsistindo apenas a punibilidade relativa ao delito tipificado no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91, vez que a pena máxima cominada a esse delito enseja prazo prescricional de 12 (doze) anos (art. 109, III, CP) e há recurso da acusação no sentido

de afastar a causa de diminuição decorrente da tentativa.

Antes de examinar o mérito recursal relativo ao crime remanescente, cabe destacar que a Lei nº 8.176/91 não foi revogada pela Lei nº 9.605/98. Aquela, através de seu artigo 2º, trata de crime contra o patrimônio público federal, que é formal, consumando-se mediante a mera produção de bens ou a exploração de matéria-prima da União, sem autorização legal ou em desacordo com esta; enquanto a outra trata de sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Assim, embora as condutas descritas nos tipos penais sejam semelhantes, as normas tutelam bens jurídicos diversos.

O Pretório Excelso já decidiu no sentido de que os delitos descritos nos artigos 2º, da Lei nº 8.176/91 e 55, da Lei nº 9.605/98 coexistem:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 2º DA LEI Nº 8.176/91 E 55 DA LEI Nº 9.605/98. TUTELA DE BENS JURÍDICOS DISTINTOS. REVOGAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os artigos 2º da Lei nº 8.176/91 e 55 da Lei nº 9.605/98 tutelam bens jurídicos distintos: o primeiro visa a resguardar o patrimônio da União; o segundo protege o meio ambiente.
 2. Daí a improcedência da alegação de que o artigo 55 da Lei nº 9.605/98 revogou o artigo 2º da Lei nº 8.176/91. Ordem indeferida.
- (HC 89878, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00208 RT v. 99, nº 898, 2010, p. 501-503)

O E. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91 E ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. INEXISTÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE CONCURSO FORMAL.

1. O art. 2º da Lei nº 8.176/91 busca tutelar e preservar o patrimônio da União, proibindo a usurpação de suas matérias-primas, enquanto o art. 55 da Lei nº 9.605/98, impõe sanções a atividades lesivas ao meio ambiente, proibindo, dentre outras, a extração de recursos minerais.
 2. Em sendo distintos os bens jurídicos tutelados, não há falar em conflito aparente de normas, mas sim em concurso formal.
 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
- (AgRg no AREsp 60.761/TO, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 17/09/2012)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ART. 557, CAPUT, DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE. AFRONTA AOS ARTS. 2º DA LEI Nº 8.176/91, 55 DA LEI Nº 9.605/98, E 395, III, DO CPP. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INEXISTÊNCIA. PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS DISTINTOS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso, quando manifestamente inadmissível e improcedente.
2. Este Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são firmes na compreen-

são de que “não existe conflito aparente de normas entre o delito previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/98, que objetiva proteger o meio ambiente, e o crime do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91, que defende a ordem econômica, pois tutelam bens jurídicos distintos, existindo, na verdade, concurso formal”. (REsp 922.588/BA, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 29/10/2007).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 114.293/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 19/03/2012)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO ILEGAL DE AREIA. ART. 55 DA LEI 9.605/98. ART. 2º DA LEI 8.176/91. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA. OBJETIVIDADES JURÍDICAS DISTINTAS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. “O art. 2º da Lei 8.176/91 descreve o crime de usuração, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida” (HC 35.559/SP).

2. As Leis 8.176/91 e 9.605/98 possuem objetividades jurídicas distintas, razão pela qual não incide o princípio da especialidade.

3. Recurso provido para que seja recebida a denúncia em relação ao crime do art. 2º da Lei 8.176/91.

(REsp 930.781/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 28/09/2009)

A materialidade delitiva está demonstrada pelos seguintes documentos: Auto de Infração Ambiental (fls. 12/13v), Ofício e Laudo de Vistoria emitidos pelo Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais - NPRN (fls. 78/79 e 80/84), Informação técnica da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - CETESB (fls. 89/90), os quais demonstram a existência de empreendimento dotado de diversos equipamentos destinados à extração de areia, recurso mineral pertencente à União (art. 20, IX, CF), em área não licenciada pelos órgão estaduais competentes, bem como em desacordo com o projeto apresentado e aprovado.

Não há falar em tentativa, vez que as informações fornecidas pelo DPRN e CETESB são claras no sentido de que a areia estava sendo extraída em área não autorizada, até que todos os equipamentos necessários para realizar a extração foram encontrados no local, conforme depoimento testemunhal (fls. 165/166).

Igualmente comprovada a autoria delitiva, vez que o réu era o administrador da empresa “Sociedade Extrativa Piloto Ltda.”, conforme demonstrado pelo respectivo contrato social (fls. 52/57) e interrogatório (fl. 139), a qual exercia a aludida atividade de extração de areia.

Os elementos coligidos ao longo da instrução criminal revelam que o réu agiu com dolo, já que tinha plena ciência sobre a necessidade de outorga da Administração Pública para explorar matéria-prima pertencente à União, tendo em vista que ele próprio afirmou em sede policial que resolveu, deliberadamente, iniciar a lavra na área mesmo sem as autorizações dos órgãos competentes (fl. 111), tendo, em Juízo, confirmado as afirmações prestadas na investigação e esclarecido que estava apenas preparando a área para exploração (fl. 140).

Destarte, é de rigor manter a condenação do réu pela prática do crime previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, considerando que a MMª Juíza *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal e inexistiu impugnação da acusação a respeito, a mantenho em 1 (um) ano de detenção.

Na segunda fase, embora se possa vislumbrar a ocorrência da atenuante da confissão espontânea, a pena deve sofrer redução em razão de encontrar-se no mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231, do C. Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, afastada a tentativa, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito descrito no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, desaparecendo a figura do concurso formal, e inexistindo outras causas de aumento ou diminuição, a pena resta definitivamente fixada em 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Mantenho o valor unitário de cada dia-multa em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, vez que revela-se compatível com a condição financeira do acusado, bem como com o dano de natureza difusa causado ao meio-ambiente. Ademais, os acusados não possuem a faculdade de escolher o valor que melhor lhes convenha. Ainda, o Juízo das Execuções Penais determinará a forma de seu pagamento, nos termos do artigo 66, inciso V, “a”, da Lei nº 7.210/84, podendo também substituí-la por prestação de outra natureza, nos termos do artigo 45, §2º, do Código Penal, se o acusado demonstrar que não possui condições de cumpri-la, ou parcelar o seu pagamento, sem prejuízo ao seu sustento.

O regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito devem ser mantidos nos termos da r. sentença.

Trato, agora, da matéria prescricional.

Considerando que a pena ora aplicada (um ano de detenção) enseja o prazo prescricional de 4 (quatro) anos (art. 109, V, CP), verifica-se que restou transcorrido entre a data da publicação da sentença condenatória (10.02.2009) e a presente data.

Ressalvo a possibilidade de interpretação extensiva do artigo 110, § 1º, segunda figura, do Código Penal (na redação anterior à Lei nº 12.234/2010), expressivo do princípio de que os recursos para os Tribunais Superiores não obstam o reconhecimento da prescrição na modalidade retroativa.

Se na hipótese de desprovimento do apelo da acusação não deixa de haver a possibilidade de recurso para os Tribunais Superiores, por identidade de razões deve aplicar-se o preceito nas demais situações em que pela pena confirmada ou aplicada pelo Tribunal resulta configurada a prescrição.

Diante do exposto, declaro extinta a punibilidade do acusado em relação ao delito do artigo 55, da Lei nº 9.605/98 pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos dos artigos 107, IV, 109, V, 110 e 119, todos do Código Penal, e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, restando prejudicadas as apelações quanto a este delito; dou provimento à apelação do Ministério Público Federal para afastar, quanto ao delito tipificado no artigo 2º, Lei nº 8.176/91, a causa de diminuição de pena referente à tentativa; nego provimento à apelação da defesa; e declaro, *ex officio*, extinta a punibilidade do acusado pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, no tocante ao crime previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos artigos 107, IV, 109, V, 110 e 119, todos do Código Penal, e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0000420-19.2005.4.03.6108

(2005.61.08.000420-8)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrido: JOEL APARECIDO GEROLIN

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Classe de Processo: RSE 7196

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2015

EMENTA

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTELIONATO. ALIENAÇÃO DE LOTE CONCEDIDO PELO INCRA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA.

1. Alienação de lote de assentamento destinado à reforma agrária que estava na posse do acusado, sem prévia autorização do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Não restou comprovada prática do crime de estelionato, tampouco prejuízo em desfavor da autarquia federal, mas tão-somente a violação ao disposto no artigo 21 da Lei nº 8.629/93, cabendo, na hipótese vertente, sanções cíveis.

2. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de julho de 2015.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo *Ministério Público Federal* contra a r. decisão de fls. 273/274 proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal de Lins/SP, Dr. Fabiano Henrique de Oliveira, que rejeitou a denúncia oferecida em face de Joel Aparecido Gerolin, relativamente ao delito previsto no artigo 171, § 2º, inciso II, e § 3º do Código Penal, com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Nas razões recursais (fls. 293/), o *parquet* federal pleiteia a reforma da decisão, alegando, em síntese, que o acusado obteve vantagem ilícita em prejuízo do INCRA (e não do particular Ademir Gomes dos Santos), na medida em que tal instituto detinha propriedade rural vendida por Joel.

Contrarrazões acostadas às fls. 411/416.

Às fls. 417 o MM. Juiz “a quo” manteve a decisão recorrida.

A Procuradoria Regional da República, por sua ilustre representante, Dra. Sonia Maria Curvello, opinou pelo desprovimento do recurso em sentido estrito (fls. 421/423).

É o relatório.

Dispensada a revisão a teor do disposto no artigo 236 do Regimento Interno desta Corte.
Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Joel Aparecido Gerolin foi denunciado pela suposta prática do crime tipificado no 171, § 2º, inciso II, e § 3º do Código Penal.

Narra a denúncia que:

(...) aproximadamente no ano de 2003, o denunciado, voluntária e conscientemente, obteve vantagem ilícita em prejuízo do INCRA, consistente na venda do lote nº 245 do projeto de assentamento Reunidas localizado no município de Birigui/SP, incorrendo assim na conduta tipificada no art. 171, § 2º, II, e § 3º do Código Penal.

Segundo colhe-se do procedimento investigativo, JOEL APARECIDO GEROLIN dispôs, sem autorização da autarquia federal, do lote nº 245 acima citado, vendendo-o à Ademir Gomes dos Santos.

(...) o denunciado não poderia ter celebrado a alienação de tal área, ou mesmo de sua posse e uso, já que não detinha a propriedade do terreno, mas apenas a posse irregular, tendo plena ciência de que não possuía o domínio do imóvel rural que, portanto, era inegociável, sendo que a alienação da área era expressamente vedada (arts. 18 e 21 da Lei 8.629/93 e arts. 64 e 72 do Decreto nº 59.428/66).

O magistrado de primeiro grau rejeitou a denúncia, nos seguintes termos (fls. 273/274):

A conduta narrada é atípica.

Joel Aparecido Gerolin não dispôs de coisa alheia como própria, de vez que não transferiu a Ademir mais direito do que tinha; cedeu-lhe tão-só posse sobre o lote nº 245, do Assentamento Reunidas (fls. 49/52). Outrossim, Ademir não participou de nenhum engodo, não enganou nem foi enganado, ao tornar-se cessionário da posse, sendo certo que o INCRA regularizou, em seu prol, a situação fundiária de que se cuida (fl. 119).

Por certo, o denunciado não causou nenhum prejuízo à União, representada pelo INCRA, o qual, pela titular do domínio, sendo o caso, pode reaver a qualquer tempo o imóvel cujo uso não se deu segundo a finalidade da atribuição, redirecionando-o para sua função social. O estelionato caracteriza-se pela indução de outrem a erro, que sofre prejuízo econômico em benefício do agente. Este obtém vantagem ilícita decorrente do meio fraudulento ou ardil empregado. Nada disso houve no caso concreto. Nenhum prejuízo ou dano economicamente apreciável a União Federal, na espécie, experimentou.

Perceba-se que a concessão de uso de que se trata é clausulada (art. 21 da Lei nº 8.629/93). O descumprimento das condições da concessão sujeita o concessionário à perda da posse, reintegração que o INCRA, querendo, pode promover. Então, acorrer à instância penal, em vez de agir para recobrar a posse do imóvel com destinação desviada, não homenageia o princípio da intervenção mínima, utilizando-se o Direito Penal não como o último, mas como o primeiro instrumento de controle social ou controle jurídico-penal, haurindo técnica do “Direito Penal

Ideológico”, de viés autoritário, na medida em que lei penal é usada não para proteger bens jurídicos e garantir a paz social (Johannes Wessels), mas para sufocar a liberdade: se em dez anos a concessão de uso é negociada, ao arrepio do título constitutivo, o que é irregular mas também plenamente aguardável, a pena para o descumprimento deve ser a perda da posse e não a da liberdade.

Não assiste razão ao Ministério Público Federal.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 189 que “os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos”.

Por seu turno, estabelece o artigo 21 da Lei nº 8.629/93 que “nos instrumentos que conferem o título de domínio, concessão de uso ou CDRU, os beneficiários da reforma agrária assumirão, obrigatoriamente, o compromisso de cultivar o imóvel direta e pessoalmente, ou por meio de seu núcleo familiar, mesmo que por intermédio de cooperativas, e o de não ceder o seu uso a terceiros, a qualquer título, pelo prazo de 10 (dez) anos”.

Com efeito, depreende-se dos autos que houve alienação de lote de assentamento destinado à reforma agrária que estava na posse do acusado, sem prévia autorização do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, não restando comprovada a prática do crime de estelionato, tampouco prejuízo em desfavor da autarquia federal, mas tão-somente a violação ao disposto no artigo 21 da Lei nº 8.629/93, cabendo, na hipótese vertente, sanções cíveis.

A propósito, como bem asseverado pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, “não se vislumbra nenhum prejuízo à autarquia federal, uma vez que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) mantém o status quo ante como proprietário do lote, podendo reavê-lo para conferir-lhe nova destinação”.

Nesse sentido, os arestos que destaco:

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. PERMUTA DE LOTE CONCEDIDO PELO INCRA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DECISÃO MANTIDA.

1. Da narrativa inicial, bem como dos demais documentos acostados aos autos, extrai-se que o acusado permutou lote de assentamento, sem autorização do INCRA. Contudo, não se vislumbra que tenha havido prejuízo em desfavor da autarquia, um dos elementos que caracteriza do tipo penal de estelionato, em quaisquer de suas formas.

2. Não se pode tratar como crime de estelionato um ato que não foi investido de fraude ou ardil e que não gerou prejuízo efetivo ao INCRA ou ao projeto de reforma agrária, salientando, uma vez mais, que o lote ainda pertence ao INCRA, que, caso conveniente, pode reavê-lo para conferir nova destinação.

3. Logo, a conclusão inexorável é a de que o fato narrado nos autos é atípico. Pela narrativa inicial, não se vislumbra a presença das elementares do tipo.

4. Recurso em sentido estrito não provido.

(TRF3 - Recurso em sentido estrito - 2011.61.08.008506-3 - relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho - DE: 30/06/2014)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE ESTELIONATO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. DECISÃO MANTIDA.

- Hipótese dos autos que é de recurso em sentido estrito interposto contra decisão que rejeitou denúncia ofertada por suposta prática do delito dos artigos 171, §§2º, I e 3º c.c. 29, ambos do Código Penal.

- Caso em que, em face dos termos da denúncia, a questão de ocorrência ou não de prejuízo ao INCRA não versa matéria de competência mas de tipicidade do fato imputado.
 - Inicial acusatória que não descreve fraude, mas mera celebração de contratos com inobservância a exigências e restrições legais, cujas consequências são de natureza civil e não alcançam a seara penal, ademais não se entrevendo prejuízo patrimonial que tenha sido causado ao INCRA em virtude dos supostos contratos firmados com terceiros que permitisse concluir pela configuração da elementar do tipo penal do estelionato consistente no “prejuízo alheio”.
 - Recurso desprovido.
- (TRF3 - Recurso em sentido estrito - 2012.61.08.002133-8 - relator: Desembargador Federal Peixoto Junior - DE: 19/12/2013)

Assim, considerando a atipicidade da conduta imputada ao recorrido, a rejeição da denúncia deve ser mantida.

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0005850-14.2011.4.03.6181

(2011.61.81.005850-8)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E ANTÔNIO FAUZI HAIDAR

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10^a VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe de Processo: ACr 60051

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/05/2015

EMENTA

PENAL. PORNOGRAFIA INFANTIL. COMPARTILHAMENTO E ARMAZENAMENTO. ARTIGOS 241-A E 241-B DA LEI 8.069/90. PROGRAMAS DE COMPARTILHAMENTO. USO. DOLO CARACTERIZADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

1. Reconhecida a competência da Justiça Federal para julgar o feito. Em primeiro lugar, a absolvição nem sequer transitou em julgado para a acusação, tendo em vista que foi interposto tempestivamente recurso, buscando a reforma da sentença para condenar o réu pela prática, também, da figura penal constante do art. 241-A do ECA. Em segundo lugar, porque a absolvição em relação ao crime de competência federal, ao final do processo, não faz cessar a competência da Justiça Federal para o julgamento de crime conexo (que seria, sem a conexão, de competência da Justiça Estadual). Artigo 81 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

2. Reconhecido o dolo do apelante quanto à disponibilização de vídeos, na *internet*, contendo pornografia infanto-juvenil. É da essência do aplicativo *emule* o compartilhamento dos arquivos entre seus usuários. Ademais, como atestado pelo perito criminal federal, a interface do *emule* permite a visualização didática de quais arquivos são “baixados” pelo computador do usuário, e quais são “baixados” por terceiros utilizando os arquivos do usuário como fonte (ou seja, os *uploads* feitos pela máquina via *emule*). O réu utilizou durante anos o programa ativamente, sendo inverossímil que desconhecesse a característica que representa a própria utilidade e o mecanismo central do sistema *emule*.

3. Materialidade e autoria reconhecidas em relação ao crime previsto no art. 241-A da Lei 8.069/90.

3.1 Confirmado por perícia o compartilhamento de 75 vídeos contendo pornografia infantil pelo sistema *emule*. O fato de os vídeos não estarem mais no disco rígido do computador não elimina a ocorrência de sua disponibilização em momento anterior. O computador do réu foi utilizado como fonte para *downloads*, feitos por terceiros, de vídeos de pornografia infanto-juvenil. Desnecessário comprovar se o compartilhamento foi parcial ou integral, pois o tipo é preenchido pela simples disponibilização dos vídeos para compartilhamento, o que, no caso do compartilhamento via *emule*, se perfaz pela inclusão de vídeos nas pastas de compartilhamento do programa. Precedente deste E. TRF-3.

3.2 Apenas o réu utilizava o computador, ressalvado o uso específico por sua esposa (para elaboração de planilhas). Não foram encontrados vírus que permitissem acesso

remoto ao computador. Não se trouxe qualquer prova de invasão física ou cibernética do computador por terceiros.

4. Materialidade e autoria reconhecidas em relação ao delito previsto no art. 241-B da Lei 8.069/90.

4.1 Armazenamento de vídeos de pornografia infantil constatado por perícia. Foram encontrados doze vídeos inativos no HD do réu. Além destes, os vídeos cujo compartilhamento foi registrado foram necessariamente armazenados em algum momento, como condição necessária do próprio compartilhamento via *emule*. Indícios de que o réu acessou conteúdo pornográfico infantil contido em CD-ROM's, os quais não foram encontrados, e, ainda, que o réu tentou gravar vídeos de pornografia infantil em DVD, tudo a reforçar a materialidade já caracterizada.

4.2 Apenas o réu utilizava o computador, e, não havendo provas de invasão física ou cibernética da máquina, apenas ele poderia ter armazenado os vídeos.

5. Dosimetria. Valorada negativamente a culpabilidade, e positivamente a conduta social do réu. Culpabilidade que prepondera sobre a boa conduta social, a qual reduz a majoração que seria imposta pela culpabilidade, isoladamente considerada. Penas-base estabelecidas acima do mínimo legal.

5.1 Sem agravantes ou atenuantes em ambos os delitos. Sem causas de aumento; excluída a causa de diminuição prevista no art. 241-B, § 1º, da Lei 8.069/90.

5.2 Reconhecido crime continuado em relação ao delito do art. 241-A da Lei 8.069/90.

5.3 Concurso material entre os crimes do art. 241-A e do art. 241-B da Lei 8.069/90. Somadas as penas.

6. Apelo do réu desprovido; recurso ministerial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer das apelações criminais e, no mérito, negar provimento à do réu, e dar provimento à do Ministério Público Federal, para condenar o réu pela prática: do crime previsto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, em continuidade delitiva, por setenta e cinco vezes, a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão; do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Reconhecido o concurso material, e fixada a pena final em 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime semiaberto, tudo nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de abril de 2015.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI- Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelações criminais, interpostas por Antônio Fauzi Haidar e pelo Ministério Público Federal contra sentença de fls. 393/401, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o primeiro apelante pela prática, *in concreto*, do crime previsto no art. 241-B da Lei 8.069/90.

Narra a peça inaugural da ação penal (fls. 130/136) que, após proceder a ordem de busca e apreensão realizada no dia 31 de agosto de 2011, a Polícia Federal constatou (por meio da apreensão e análise de disco rígido de computador) que o acusado Antônio Fauzi Haidar utilizava o programa de compartilhamento de arquivos pela internet denominado *emule*, com o intuito de baixar (obter via *download*) arquivos contendo vídeos de pornografia infantil, bem como de fornecê-los a terceiros. O réu teria disponibilizado 75 (setenta e cinco) vídeos contendo cenas pornográficas que envolviam crianças ou adolescentes, os quais foram compartilhados com usuários do referido programa. Alega o órgão ministerial que a disponibilização do acervo do acusado seria uma inerência do próprio uso do *emule*, sistema de compartilhamento que funciona mediante o acesso aos arquivos contidos nos computadores de seus usuários, permitindo as trocas de arquivos digitais entre estes. No que se refere ao armazenamento de arquivos pornográficos envolvendo crianças ou adolescentes, este seria feito em HD mantido pelo acusado. O disco rígido periciado continha um total de 12 (doze) vídeos com o referido conteúdo ilícito, dois dos quais encontrados também na lista de arquivos que foram baixados por terceiros a partir do computador do acusado (o que mostraria o fornecimento/disponibilização do conteúdo ilícito). Requereu, com base nos fatos narrados, o recebimento da denúncia e, ao fim, a condenação do réu como incurso nos crimes previstos nos arts. 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Denúncia recebida em 18 de dezembro de 2012 (fl. 139vº).

Após regular seguimento do feito, sobreveio sentença (fls. 393/401). Restou afastada a preliminar de nulidade do feito, suscitada pela defesa. No mérito, entendeu a MM. Magistrada *a quo* que foram devidamente comprovadas a autoria e a materialidade delitivas em relação ao crime previsto no art. 241-B da Lei 8.069/90, tendo em vista a existência de arquivos com conteúdo pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes no HD periciado no processo e o fato de apenas o réu utilizá-lo, salvo ocasiões esporádicas em que sua esposa o fazia para elaborar planilhas. Quanto ao delito previsto no art. 241-A da Lei 8.069/90, compreendeu não haver sido provado o dolo na conduta, haja vista que, mesmo demonstrado que o réu possuía razoáveis conhecimentos de informática, não se conseguiu caracterizar sua consciência quanto ao sistema de compartilhamento do programa *emule* (que permite o *download* de arquivos dos computadores de usuários sem que tenha havido comando destes para tanto), “em especial porque há indícios de que o réu utilizava o programa com a exclusiva intenção de obter arquivos e deletá-los, depois de armazená-los em mídia digital.” (Fl. 396vº.)

Na dosimetria (relativa apenas ao art. 241-B da Lei 8.069/90): exasperou a pena-base em relação ao mínimo legal na primeira fase (em 1/8 da diferença entre a pena máxima e a pena mínima abstratamente previstas no tipo), por valorar negativamente a culpabilidade do réu, devido a sua profissão (médico pediatra, com constante contato com crianças e com o dever de cuidar de sua integridade), estabelecendo-a em um ano, quatro meses e quinze dias de reclusão; na segunda fase, não constatou agravantes ou atenuantes pertinentes ao caso; na terceira fase, aplicou a causa de diminuição prevista no art. 241-B, § 1º, da Lei 8.069/90, reduzindo a pena-base em 2/3. Fixou a pena de multa de acordo com os mesmos critérios, em 17 (dezesete) dias-multa.

No dispositivo, julgou parcialmente procedente a denúncia, para: absolver o réu da prática do crime previsto no art. 241-A da Lei 8.069/90, por ausência de prova do dolo na conduta; condenar o réu pela prática do crime previsto no art. 241-B da Lei 8.069/90, à pena de 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais 17 (dezesete) dias-multa. Valor unitário do dia-multa fixado em um salário mínimo. Estabelecido o regime aberto para o início do cumprimento da pena. Ao fim, substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva

de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas pelo tempo da pena privativa de liberdade substituída, em condições e local a serem estabelecidos pelo Juízo de Execuções.

Determinada, ainda, a retirada de sigilo do processo, salvo em relação aos documentos e mídias digitais que possuíam conteúdo de imagens de pornografia infantil.

Sentença registrada em 12 de março de 2014 (fl. 402). Petição de fls. 414/418, mediante a qual o réu requereu a manutenção de sigilo total nos autos.

Manifestação do Ministério Público Federal (fls. 421/424), pugnando pela retirada parcial de sigilo do processo, nos termos determinados pela sentença.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação contra a sentença (fl. 408), em cujas razões (fls. 427/437) aduz os seguintes argumentos para amparar o pleito de reforma da sentença:

- Teria sido comprovado nos autos que o réu possuía plena consciência de que tanto baixava como disponibilizava arquivos, caracterizando a conduta típica prevista no art. 241-A da Lei 8.069/90;

- A sentença teria aplicado incorretamente a causa de diminuição prevista no art. 241-B, § 1º, da Lei 8.069/90, pois não haveria apenas dois arquivos, mas sim doze arquivos contendo pornografia infanto-juvenil (dez deles - os arquivos inativos - desconsiderados pelo *decisum*);

- Deveria também ter tido a pena-base maior agravamento em relação ao mínimo legal, devido à elevada culpabilidade do réu (derivada do fato de ser ele médico pediatra);

Pede, ao fim, a reforma da sentença, para condenar o réu pela prática concreta do delito tipificado no art. 241-A da Lei 8.069/90, por setenta e cinco vezes, em continuidade delitiva (Código Penal, art. 71), e ainda, para majorar a pena privativa de liberdade imposta, na sentença, pela prática do crime previsto no art. 241-B da Lei 8.069/90.

Interposto recurso de apelação pelo réu (fls. 412/413). Nas razões recursais (fls. 483/496), pleiteia a reforma da sentença, forte nas seguintes alegações:

- Preliminarmente, argumenta que a Justiça Federal teria se tornado incompetente para a apreciação do feito, tendo em vista que o único fato que atrairia sua competência seria a prática do crime previsto no art. 241-A da Lei 8.069/90, em relação à qual o apelante foi absolvido pela sentença;

- No mérito, que o apelante seria inocente, pois os únicos arquivos encontrados em seu computador estariam inativos, significando que foram excluídos pelo usuário, somente sendo recuperáveis mediante procedimento especial, o qual jamais poderia ser feito pelo homem médio. Isso provaria a ausência de dolo no armazenamento/arquivamento do conteúdo, porquanto o réu teria tentado apagar/destruir o conteúdo logo após identificá-lo;

- Seria temerário apontar o apelante como autor do crime, pois seria possível que os arquivos tivessem sido baixados por alguém que tivesse usado o computador remotamente. Além disso, a perícia feita no HD do apelante não seria apta a estabelecer de modo definitivo sua autoria e sua culpa.

Ao fim, requer a anulação da sentença, com a remessa dos autos à Justiça Estadual, para que esta proceda a novo julgamento do feito (apenas com base no art. 241-B da Lei 8.069/90); no mérito, a absolvição, “em razão da insuficiência probatória quanto à autoria delitiva e pela falta de elemento essencial ao tipo penal, qual seja, o dolo direto” (fls. 495/496). Ainda, que a conduta efetivamente praticada (supostamente, baixar vídeos com conteúdo pornográfico) não seria crime.

Contrarrazões ao recurso de apelação do réu (fls. 499/502), pelo seu desprovimento.

Contrarrazões ao recurso do Ministério Público Federal (fls. 447/460), pelo seu desprovimento.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 504/518), opinando pelo provimento do recurso do *Parquet* federal e pelo desprovimento do recurso do réu.

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.

I - Da Competência da Justiça Federal

Alega o apelante Antônio Fauzi Haidar que a competência da Justiça Federal teria cessado, diante de sua absolvição pela prática do crime previsto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Não procede a preliminar. Em primeiro lugar, a absolvição nem sequer transitou em julgado para a acusação, tendo em vista que foi interposto tempestivamente recurso, buscando a reforma da sentença para condenar o réu pela prática, também, da figura penal constante do art. 241-A do ECA. Portanto, não houve decisão definitiva quanto ao tema, o que implica dizer que o motivo pelo qual há competência da Justiça Federal permanece, pois a disponibilização de arquivos pornográficos envolvendo crianças e adolescentes em servidores globais atrai a competência da Justiça Federal, conforme jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal (HC nº 86.289-GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.06.06), bem como desta C. Corte Regional (TRF3 - 5º TURMA - RSE 0004609-07.2009.4.03.6106 - Relator: JUIZ CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA - e-DJF3: 12/02/2010 página 139).

Em segundo lugar, porque a absolvição em relação ao crime de competência federal, ao final do processo, não faz cessar a competência da Justiça Federal para o julgamento de crime conexo (que seria, isoladamente considerado, de competência da Justiça Estadual). Este é o comando contido no art. 81, *caput*, do Código de Processo Penal:

Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

Nesse sentido, cito precedentes do C. STJ:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO, PORTE ILEGAL DE ARMA E FALSIDADE. (1) ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA PREJUDICADA. (2) PRELIMINAR MINISTERIAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM RELAÇÃO AO CRIME QUE CONDUZIA À COMPETÊNCIA FEDERAL. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. OCORRÊNCIA. DESLOCAMENTO PARA A JUSTIÇA ESTADUAL. NECESSIDADE.

1. As alegações de cerceamento de defesa, em razão de acolhimento de preliminar de incom-

petência levantada pelo MPF, restam prejudicadas.

2. De acordo com a regra do art. 81 do Código de Processo Penal, tendo havido absolvição apenas em relação ao delito que conduziu, via conexão, ao reconhecimento da competência da Justiça Federal, não se tem o deslocamento da apreciação do feito para a Justiça Estadual.

2. Ordem prejudicada, acolhida preliminar ministerial e concedido habeas corpus de ofício para declarar a nulidade do julgamento da apelação efetuado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso Sul, determinando o envio dos autos para o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região para que julgue o mencionado recurso.

.. EMEN: (HC 200702095410, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 10/05/2010 ..DTPB:.)

..EMEN: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 C/C ART. 18, INCISO I, DA LEI Nº 6.368/76 (REVOGADA PELA LEI Nº 11.343/2006). ART. 329 DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE DELITO PELA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM MUNICÍPIO ONDE NÃO HÁ VARA DA JUSTIÇA FEDERAL . APLICAÇÃO DO ART. 109, § 3º, DA CARTA MAGNA. ALEGAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE RELATIVA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME QUE ATRAIU A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 81 DO CPP. PERMANÊNCIA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA O JULGAMENTO DO OUTRO CRIME.

I - De acordo com o do artigo 27 da Lei nº 6.368/76 (revogada pela Lei nº 11.343/2006) c/c o § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, em se tratando de delito de tráfico internacional de entorpecentes praticado em Município que não é sede de vara da Justiça Federal, caberá à Justiça Estadual processar e julgar o feito.

II - Desta forma, “conforme o decidido no HC 70.627, 1ª T., Sydney Sanches, DJ 18.11.94, é federal a jurisdição exercida por Juiz estadual na hipótese do art. 27 da L. 6.368/76. Corrobora a tese o disposto no art. 108, II, da Constituição, segundo o qual cabe aos Tribunais Regionais Federais ‘julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição’. É territorial, portanto, o critério para saber se ao Juiz federal ou estadual, na hipótese do art. 27 da L. 6.368/76, cabe o ‘exercício de competência federal’; e, por isso, se nulidade houvesse seria ela relativa, sanada à falta de arguição oportuna.” (STF: HC 85.059/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 29/04/2005).

III - Havendo o e. Tribunal *a quo* absolvido o ora paciente da conduta que de início atraiu a competência da Justiça Federal (art. 12 c/c art. 18, inciso I, ambos da Lei nº 6.368/76 revogada pela Lei nº 11.343/2006), esta permanece competente para o julgamento do outro crime (art. 329 do Código Penal), mesmo sendo, por si só, da competência da Justiça Estadual (Súmula nº 122 do STJ e art. 81 do CPP). Habeas corpus denegado.

..EMEN: (HC 200602750561, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 14/05/2007 PG:00354 ..DTPB:.)

Por essas razões, rejeito a preliminar.

II - Do Crime Previsto no art. 241-A do ECA

Entendeu a Magistrada sentenciante que não se provou o dolo na conduta do réu de disponibilizar conteúdo pornográfico infanto-juvenil. Isso porque não se conseguiu a comprovação de que o réu teria conhecimento a respeito do modo como funciona o servidor *emule*, por ele utilizado. Este servidor tem acesso aos arquivos de todos os seus usuários, servindo como uma “ponte” ou “intermediário” entre todos eles; cada usuário baixa o arquivo armazenado por outro(s) usuário(s) que o tenha(m). O Ministério Público Federal argumenta que esse sistema de funcionamento/compartilhamento constitui a própria essência do servidor, o que, aliado

aos razoáveis conhecimentos de informática (para um homem médio) detidos pelo réu, provaria sua plena consciência quanto ao fato de disponibilizar os conteúdos. A disponibilização se daria, em suma, pelo fato de manter os arquivos em HD conectado ao *emule*, o que os torna aptos a serem demandados por *upload*, ou seja, os arquivos estavam disponíveis a qualquer usuário do *emule* que procurasse pelos títulos (títulos estes com menções expressas a conteúdo pornográfico infanto-juvenil).

Assiste razão ao órgão ministerial. O *emule* é, por essência, um programa de compartilhamento de arquivos, como esclareceram o *Parquet* federal e o perito criminal federal (fl. 62). Deveras, como informado pelo perito criminal federal em seu depoimento em juízo (mídia digital de fl. 350), o *emule* informa de maneira didática quais arquivos o usuário está “baixando”, e quais está compartilhando com outros usuários, os quais estão “baixando” os arquivos contidos em seu computador (nas pastas de compartilhamento). Portanto, é absolutamente simples o conhecimento a respeito dessa característica do programa, seja porque ela representa a própria utilidade, a ideia básica do sistema, seja porque este é extremamente didático ao mostrar os dados pertinentes ao compartilhamento feito por cada usuário. Em outros termos: cada usuário do *emule* sabe, de forma simples e clara, quais arquivos está baixando (trazendo de outros computadores para o seu via *emule*), e quais está compartilhando (transmitindo para outros computadores de usuários que encontraram os arquivos no computador do usuário realizador de *upload*, tudo via *emule*). Cito trecho esclarecedor do depoimento do *expert* (minutos 37 e 38 do arquivo de mídia digital juntado na fl. 350):

(...) não quer dizer que ele [usuário do *emule*] não saiba que está compartilhando. Digo isso porque o *emule* é um software de interface gráfica com o usuário. Todos os *downloads* e *uploads* são apresentados de forma gráfica, com barras de progressão e indicação de velocidade.

(...) Quer dizer que se eu abrir a janela principal do *emule*, ela estará dividida em duas metades. A metade superior, em uma das janelas, será “arquivos baixados”, ou “arquivos sendo baixados”, e na janela inferior “arquivos sendo transmitidos de seu computador para a internet”; então é visual, a pessoa consegue enxergar e ver que está ocorrendo uma transmissão.

Portanto, não se pode dizer que a natureza do programa (utilizado com frequência pelo réu, que admitiu que dele se usava para baixar arquivos - interrogatório policial de fls. 111/112) era desconhecida do primeiro apelante, tendo em vista a facilidade de compreensão proporcionada pela interface aplicativo/usuário deste programa em específico. Além disso, esclareceu o perito (minuto 57 da mídia digital de fl. 350) que arquivos deletados pelo usuário não poderiam ser compartilhados pelo *emule*, pois nenhum programa aberto pelo sistema operacional Windows poderia acessá-los. Isso significa que os arquivos estavam nas pastas de compartilhamento quando foram compartilhados via *emule* e partindo do computador do primeiro apelante, que mantinha os vídeos com o conteúdo ilícito. Sua manutenção ali, somada ao didatismo da própria interface do *software* tão utilizado pelo réu - que o usou durante anos -, tornam inevitável a conclusão de que este tinha consciência de estar disponibilizando os conteúdos ao mantê-los vinculados às pastas acessadas pelo *emule* (e cujos arquivos eram apresentados aos demais usuários mediante a conexão via palavras-chave que ligassem aos arquivos).

A alegação defensiva de ausência de dolo, em síntese, não pode ser acolhida. Firmados todos os elementos de convicção expostos *supra*, e tendo em vista o elevado grau de instrução do réu (ensino superior completo - o réu é médico), bem como o fato de que dispunha ocasionalmente dos serviços de técnico especializado - o qual inclusive depôs nos autos como testemunha de defesa (mídia digital de fl. 290) -, não se poderia entender pela inexistência

de autoria e de dolo na conduta imputada sem que houvesse contraprovas, o que não ocorreu no caso concreto. Jamais foi descoberta, reitero, qualquer invasão do computador; o *emule*, como esclareceu o perito, não baixa arquivos automaticamente; apenas o réu utilizava o *emule* em seu computador, visto que sua esposa apenas o utilizava para elaborar planilhas de custos (interrogatório de fl. 349). Embora a defesa tenha tentado alegar que vírus ou acessos remotos poderiam ter feito estes *downloads* e permitido os *uploads* no computador do réu, o perito criminal não encontrou elementos nesse sentido. A defesa tampouco trouxe quaisquer elementos, laudos ou relatórios que sustentassem a tese, a qual, sem isso, ganha caráter meramente argumentativo, cedendo aos elementos probatórios colhidos, todos em sentido contrário ao aventado pela defesa.

Autoria e materialidade delitivas devidamente comprovadas nos autos.

1. *Materialidade.* O laudo pericial feito por perito criminal federal (fls.61/74) constatou, por meio de acesso ao histórico de acesso ao *emule* utilizado pelo réu, que houve 75 compartilhamentos de vídeos a partir do computador do réu, ou seja, 75 vídeos foram baixados com conteúdo pornográfico infanto-juvenil por outros usuários do *emule* tendo por base os arquivos disponibilizados publicamente (em específico, via *emule*) na internet pelo réu, em seu computador. Destaco que a perícia foi feita no disco rígido do computador do apelante, obtido mediante regular busca e apreensão, realizada na casa do réu e com seu acompanhamento (fls. 48/52). Estes 75 vídeos não estavam no HD do réu quando da apreensão deste, mas confirmou-se pelo histórico de compartilhamento que foram baixados por outros usuários a partir do computador do réu, isto é, utilizando os arquivos do computador do réu como fonte do *download*. A despeito de não estarem no computador do réu, estes 75 vídeos foram encontrados pelo perito (presumivelmente, pela via do próprio *emule*) devido a suas “hashs” (a “impressão digital” de um arquivo), e todos continham de fato conteúdo de pornografia infanto-juvenil (como, de resto, já indicavam seus títulos).

Ainda quanto à materialidade, é de se destacar que não foram encontrados vídeos ativos (ou seja, imediatamente acessáveis por meio do sistema operacional Windows) no computador do réu. Somente após perícia foram encontrados arquivos que haviam sido deletados, mas que ainda não haviam sido retirados do HD. Isso significa que eles foram deletados do Windows, e, por isso, este sistema operacional não mais os acessava. Apenas acessando o computador sem a entrada via Windows é que o *expert* pôde abrir os arquivos contidos em HD, entre eles doze vídeos de pornografia infanto-juvenil (mídia de fl. 68). Destes doze vídeos, dois eram iguais a vídeos cujo compartilhamento *on-line* (a partir do computador do réu) foi registrado pelo *emule* (correspondendo aos itens 38 e 42 da lista de compartilhamentos de vídeos de pedofilia, contida nas fls. 69/74).

Saliento, por derradeiro, que não é necessária a comprovação de que o compartilhamento se efetivou integralmente, ou que o réu foi a única fonte do *download*. Isso porque o tipo penal contido no art. 241-A da Lei 8.069/90 se perfaz pela simples disponibilização do conteúdo, o que, no caso de uso do *emule*, ocorre pela manutenção dos vídeos em pastas de compartilhamento, as quais permitem o *download* do conteúdo nelas contido. Nesse sentido já decidiu este E. TRF-3 (ACR 47.860, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho, Quinta Turma, DJe 08.10.2013).

2. *Autoria.* O próprio réu disse que apenas ele e sua esposa utilizavam o computador da casa; a esposa, apenas para “elaborar planilhas de custos” (trecho do interrogatório contido na mídia digital de fl. 349). Esclareço que não foi oferecida denúncia em relação à esposa do apelante, tendo em vista a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva por parte desta. Assim, sendo seu o computador (o que é incontroverso), e sem qualquer prova ou

indício de que tenha havido invasão (física ou cibernética) na máquina eletrônica, resta clara a autoria delitiva, por ser o principal usuário, e aquele que se conectava ao *emule* no computador.

A este conjunto de provas se soma outro elemento relevante: os títulos dos vídeos encontrados faziam remissão expressa e incontestável ao conteúdo do vídeo, ou seja, a pornografia infantil. Dois dos arquivos recuperados no HD do réu foram efetivamente compartilhados via *emule*, ou seja, dois vídeos contendo pornografia infantil foram baixados por outros usuários utilizando como fonte do *download* o arquivo contido no computador do réu. Os títulos dos vídeos são os seguintes: “Linda menina enfia dedo - Pedofilia - ZFX Valya”, e “Pedofilia _-_6_years_old_porn_quens (...)” (fl. 64). Portanto, mesmo quem não conhecesse minimamente questões relativas à internet ou ao *emule* poderia ser repellido por vídeos com títulos de tamanha clareza quanto ao conteúdo neles depositado. Os vídeos, em síntese, foram baixados, armazenados (tanto que encontrados em HD) e disponibilizados (posto que foram baixados por terceiros via *emule*, como consta do laudo pericial).

Com essas considerações, entendo deva ser reformada a sentença neste ponto, pois a conduta do réu (repetida 75 vezes, conforme histórico de compartilhamento de vídeos obtido por perícia a partir do aplicativo *emule* instalado no computador do apelante - lista na fl. 68) se amolda ao disposto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo provas suficientes de dolo, autoria e materialidade delitiva.

III - Do crime previsto no art. 241-B do ECA

Busca o réu a absolvição quanto à imputação de que teria incorrido na prática concreta do tipo penal contido no art. 241-B da Lei 8.068/90, ao armazenar em seu computador arquivos de pornografia infantil (vídeos com esse conteúdo). Sustenta, em suma, que os arquivos encontrados no computador do apelante estavam todos inativos, o que provaria a ausência de dolo em seu armazenamento. O apelante teria deletado os vídeos com o conteúdo ilícito assim que acidentalmente baixados, e eles só permaneciam no computador por elementos alheios à sua vontade, posto que este buscou excluí-los permanentemente ao deletá-los.

A tese não prospera diante dos elementos colhidos nestes autos. De fato, os arquivos encontrados (doze vídeos de pornografia infanto-juvenil) não estavam mais acessíveis a partir do sistema operacional Windows. Contudo, os arquivos haviam sido armazenados anteriormente. O primeiro fator a ser levado em conta é que seria impossível que se baixassem doze vídeos com títulos explícitos como os já referidos *supra* “por acidente”. Isso tanto pela expressividade dos títulos (que denotam inequivocamente qual o objeto dos arquivos), quanto por eles não lembrarem qualquer nome ou arquivo inocente, ou seja, os títulos desses arquivos não poderiam ser confundidos (em simples acidente, causado por eventual leitura rápida) com filmes, fotos ou músicas “comuns”, de conteúdo diverso daquele. Nos vídeos já citados, há inclusive a expressa menção à palavra “pedofilia”.

Resta a materialidade provada, pois foram encontrados vídeos de pornografia infantil no computador do réu, como confirmado no laudo de fls. 61/74 e no depoimento do perito, contido na mídia de fl. 350. Também firmada a caracterização do dolo, pois houve o efetivo armazenamento dos arquivos em seu computador, de modo que seria necessária contraprova para demonstrar que se teria um acidente ou uma exclusão imediata, assim que descoberto o conteúdo. Não há prova disso nos autos.

A autoria foi igualmente comprovada, tendo-se em conta os seguintes elementos: jamais foi descoberta qualquer invasão do computador; o *emule*, como esclareceu o perito, não baixa arquivos automaticamente; apenas o réu utilizava o *emule* em seu computador, visto que sua esposa apenas o utilizava para elaborar planilhas de custos (interrogatório de fl. 349). O

armazenamento de arquivos não é descaracterizado por terem sido eles deletados posteriormente (desde que isso não tenha ocorrido de forma imediata), e o desconhecimento quanto ao conteúdo não se sustenta diante da clareza dos títulos dos vídeos. Ademais, os muitos vídeos de pornografia compartilhados (75 confirmados, conforme relatório pericial) evidenciam que o armazenamento, ainda que por período curto de tempo, era prática corriqueira do réu, mormente tendo em conta que os vídeos puderam ser baixados por terceiros utilizando seu computador como fonte (ou seja, os arquivos não foram “automaticamente” deletados). A própria diferença entre as datas de modificação e datas de compartilhamento (por vezes, de alguns dias) mostra que houve o armazenamento por, no mínimo, alguns dias, de todos os vídeos compartilhados. Já quanto aos efetivamente encontrados, ainda que inativos, sabe-se que foram armazenados como ativos em algum momento, como esclareceu o perito em seu depoimento, embora não se saiba por quanto tempo. Ainda, o delegado federal que conduziu a busca e apreensão na residência do acusado depôs em juízo (depoimento na mídia de fl. 290), e afirmou que, ao ser comunicado sobre a razão da diligência, o réu disse “mas isso [manter conteúdo de pornografia infantil armazenado] todo mundo faz.”

Por fim, indícios complementares encontrados pelo perito federal reforçam as descobertas referidas acima, e evidenciam a autoria e o dolo do acusado. O *expert* examinou a lista de “arquivos de links” do computador do réu. Estes são os arquivos que não estão no computador, mas que foram acessados recentemente pelo usuário, em especial via CD inserido naquele computador. Há dezenas de correspondências de arquivos de links com títulos que indicam se tratar de vídeos de pornografia infantil (mídia digital de fl. 68, anexa ao relatório pericial). Evidentemente, por serem arquivos contidos em mídia externa (CD-ROM), não há acesso a eles, nem modo de se comprovar que se tratava efetivamente de vídeos contendo pornografia infantil. No entanto, os títulos indicam expressamente ser esse o conteúdo de muitos dos acessos recentes (ou seja, arquivos visualizados recentemente no computador) do usuário. Convém a lembrança de que 75 vídeos (referidos no histórico de compartilhamento do *emule* do usuário) com títulos que indicavam ser de conteúdo pornográfico infantil foram conferidos pelo perito, que constatou serem de fato vídeos pornográficos infanto-juvenis.

Da mesma forma, constatou-se que o réu possuía em seu computador dois programas de conversão/transmissão de arquivos para o formato de DVD. Em ambos os programas, o histórico de utilização mostra que dezenas de vídeos com títulos que continham remissões expressas a conteúdo pornográfico infantil ou pedofilia foram ali inseridos, em tentativas de transmissão para DVD's. Não se sabe se a transmissão teve sucesso, e nem se tem a comprovação de que os arquivos continham de fato pornografia infantil. No entanto, seus títulos continham termos ligando crianças a sexo, e frequentemente a própria palavra “pedofilia”. Os indícios vão todos na mesma direção das provas relatadas: o réu armazenava dados contendo pornografia infantil em seu computador.

Diante desses elementos, resta comprovada à saciedade a materialidade do delito previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

IV - Da Dosimetria

1. Crime tipificado no art. 241-A do ECA

No caso do delito consistente na disponibilização de conteúdo pornográfico infantil, deve-se, na primeira fase da dosimetria, exasperar a pena-base em relação ao mínimo legal, tendo em vista a culpabilidade do réu, entendida para os fins do art. 59 do Código Penal como juízo concreto de reprovabilidade da conduta. O réu é experiente médico pediatra - conta com quase quatro décadas de exercício da pediatria - clinicando “de segunda a sábado” (como informou

em seu interrogatório - média de fl. 349), e em constante contato com crianças e adolescentes. Seu elevado grau de conhecimento médico e técnico sobre o tema e as funestas consequências da pornografia infantil para as crianças utilizadas nesta prática odiosa torna ainda mais reprovável sua conduta; a disponibilização de conteúdo pornográfico auxilia, ainda que obliquamente, na perpetuação da indústria clandestina de produção e disseminação deste material ilícito no Brasil e no exterior, e sua reprovabilidade é tanto maior quanto mais esclarecido é o réu quanto ao tema. No caso, tratando-se de competente médico, especializado no trato de crianças, cabe a ele ainda maior responsabilidade do que o habitual com relação à integridade completa de crianças e adolescentes. Nas demais circunstâncias, nada há a desabonar a conduta do réu. Os motivos, consequências e circunstâncias se atêm aos limites normais do tipo. Nenhum especial traço de personalidade foi ressaltado ou noticiado nestes autos. O réu não possui antecedentes judiciais. Deve-se valorar positivamente sua conduta social, posto que diversas testemunhas de defesa atestaram sua competência e profissionalismo como médico. Além disso, não há qualquer notícia de reclamação ou denúncia quanto a seu comportamento passado, pessoal ou profissional, nem condenação em qualquer âmbito judiciário. A conduta social, em suma, deve ser valorada positivamente para o fim de fixar a pena-base.

Saliento, por necessário, que as características aqui examinadas não se colocam em contradição. Do ponto de vista externo (ambiente social), os elementos constantes dos autos são favoráveis ao réu, aparentando boa conduta pessoal e profissional, que deve ser positivamente valorada, para os fins do art. 59 do Código Penal. No entanto, o comportamento delitivo, mantido em ambiente íntimo, não deixa de ser especialmente reprovável, especialmente, reitero, pelo conhecimento específico e elevado do réu quanto a todas as características negativas da pornografia infantil sobre as crianças que são envolvidas nessa prática delitiva, bem ainda pela confiança depositada pela comunidade em relação ao comportamento de médicos pediatras em todas as circunstâncias que coloquem em risco a integridade de uma criança, como é o caso da pornografia infantil. A valoração positiva de uma circunstância e a valoração negativa de outra não se “anulam”, como se fossem equivalentes matemáticas, mas devem ser ponderadas pelo Magistrado com atenção às características do caso e do tipo, do que dá prova o próprio fato de o art. 59 do Código Penal não estabelecer pesos exatos ou objetivos para cada circunstância nele descrita. No caso concreto, a culpabilidade prepondera sobre a conduta social (sem, evidentemente, causar sua desconsideração), seja pelo já citado conhecimento médico e científico do réu a respeito da saúde de crianças e adolescentes, seja pela imensa confiança inspirada por profissionais da pediatria em pais e nas próprias crianças, as quais são as maiores vítimas da pornografia infantil. Neste caso, considero que a conduta social reduz a majoração que seria imposta pela culpabilidade exacerbada do réu, se isoladamente considerada. Posto isso, estabeleço a pena acima do mínimo legal, em três anos e seis meses de reclusão.

Sem agravantes ou atenuantes.

Não havendo causas de aumento ou de diminuição da pena em relação ao caso concreto, fixo a pena em um ano e seis meses de reclusão. Constatado, ainda, que foram confirmados 75 compartilhamentos de arquivos pornográficos, em *downloads* que tiveram por fonte (parcial ou integral) vídeos contidos no computador do réu. Todos foram compartilhados pelo sistema de *uploads* do arquivo *emule* no computador pessoal do réu, de modo que, havendo a repetição de condutas em circunstâncias semelhantes de tempo e lugar, reconheço a existência de continuidade delitiva da conduta, na forma do art. 71 do Código Penal. Devido ao alto número de vídeos compartilhados (setenta e cinco), aumento a pena fixada em um terço, fixando-a no patamar final de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

2. Crime tipificado no art. 241-B do ECA

Na primeira fase da dosimetria, deve ser majorada a pena-base em relação ao mínimo legal, tendo em vista igualmente a culpabilidade do réu. Os fatos de ser experiente pediatra, em contato iterativo com crianças e adolescentes, e de possuir elevado conhecimento médico-científico a respeito dos malefícios causados pelo sexo envolvendo crianças e sua publicidade pela via da pornografia infantil, elevam a reprovabilidade de sua conduta concreta. Armazenar vídeos com esse conteúdo, possuindo tal nível de experiência profissional cuidando exatamente do desenvolvimento físico de crianças, amplia o juízo de culpabilidade concreta, e, por conseguinte, a pena-base a ser fixada. Também aqui, cabe a redução da pena pela conduta social do réu. Os testemunhos colhidos são harmônicos ao relatar que nunca teve conduta indecorosa com pacientes; não há notícia alguma de denúncia quanto a seu comportamento pessoal ou profissional, e nem registro de condenação ou mesmo de processo contra o réu.

A valoração positiva de uma circunstância e a valoração negativa de outra não se “anulam”, como se fossem equivalentes matemáticas, mas devem ser ponderadas pelo Magistrado com atenção às características do caso e do tipo, do que dá prova o próprio fato de o art. 59 do Código Penal não estabelecer pesos exatos ou objetivos para cada circunstância nele descrita. No caso concreto, a culpabilidade prepondera sobre a conduta social (sem causar sua desconsideração), seja pelo já citado conhecimento médico e científico do réu a respeito da saúde de crianças e adolescentes, seja pela confiança inspirada por médicos pediatras em pais e nas próprias crianças, as quais são as maiores vítimas da pornografia infantil. Portanto, estabeleço a pena base acima do mínimo legal, em um ano e seis meses de reclusão.

Sem agravantes ou atenuantes.

Não há causas de aumento. A r. sentença recorrida aplicou a causa de diminuição específica constante do art. 241-B, § 1º, do ECA, reduzindo a pena fixada em dois terços pela pequena quantidade de conteúdo armazenado. A sentença considerou que foi comprovado o armazenamento de apenas dois arquivos. Isso porque dois dos doze arquivos encontrados foram efetivamente compartilhados, o que prova o seu armazenamento anterior. Quanto aos demais, não estaria comprovado que o réu os teria armazenado, sendo possível que tivesse deletado todos assim que inseridos no computador. Deveras, não há a comprovação de que os demais vídeos tenham sido de fato mantidos disponíveis no computador de modo a caracterizar propriamente seu armazenamento. No entanto, a própria lista de compartilhamentos de vídeos com conteúdo pornográfico infantil (fls. 69/74) mostra que diversos outros vídeos eram armazenados no computador, ainda que tenham sido posteriormente deletados. A figura típica não exige o armazenamento perene deste tipo de conteúdo, de maneira que há provas nos autos do armazenamento de vários conteúdos pornográficos, ainda que ulteriormente excluídos. Como já destaquei, a própria diferença entre as datas de modificação e datas de compartilhamento (por vezes, de alguns dias) mostra que houve o armazenamento por, no mínimo, alguns dias, de todos os vídeos compartilhados. Afinal, tanto as alterações quanto os compartilhamentos só podiam ser feitos com os vídeos ativos, o que prova a sua permanência nas pastas disponíveis do réu. A causa de diminuição não subsiste, em suma, diante dos elementos constantes dos autos. Assim, deve ser afastada a causa de diminuição específica, mantendo-se a pena em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

Havendo o concurso de delitos por meio de condutas diversas, tem-se concurso material (Código Penal, art. 69), somando-se as penas cominadas a cada um deles. Desse modo, fixo a pena final em 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Inexistem motivos para fixação de regime mais gravoso do que o normal para penas nesse montante, razão pela qual fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento de pena.

Ante o exposto, CONHEÇO dos recursos de apelação, NEGO PROVIMENTO ao apelo do réu Antônio Fauzi Haidar, e DOU PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal, para condenar o réu pela prática: do crime previsto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, em continuidade delitiva (Código Penal, art. 71), por setenta e cinco vezes, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão; do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Por haver concurso material entre as condutas delitivas (Código Penal, art. 69), fixo a pena final em 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0012137-79.2011.4.03.6120

(2011.61.20.012137-5)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorridos: MARCOS VINÍCIUS VIARO MOREIRA REIS E FÁBIO SANTOS PE-
REIRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe de Processo: RSE 57508

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO LIMITE FIXADO PELA PORTARIA Nº 75/2012 MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ACUSADOS CONTUMAZES PRATICANTES DO CRIME. RECURSO PROVIDO.

1. O valor apurado pela Receita Federal não ultrapassa a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixada na Portaria nº 75, de 22 de março de 2012 do Ministério da Fazenda.

2. Verifica-se que os Tribunais Superiores, bem como esta egrégia Corte tem reiteradamente decidido que, em casos de acusação de descaminho, quanto o valor do tributo sonegado é inferior ao fixado no artigo 20 da Lei nº 10.522/02, atualmente nos termos da Portaria nº 75, de 22/03/2012, do Ministério da Fazenda, fixado em R\$20.000,00, a conduta é insignificante e crime é de bagatela. No entanto, referido princípio não pode ser reconhecido quando restar comprovada a habitualidade na prática do crime de descaminho, sob pena de se legitimar constantes condutas contrárias à lei penal.

3. A reiteração da conduta, ainda que de maneira diferida, aferidas por ações penais e inquéritos em andamento, impede a aplicação do princípio da insignificância, pois, embora diminuto o valor das mercadorias e dos tributos devidos em importação regular, atinge efetivamente o bem jurídico tutelado e afeta a ordem social, além de revelar personalidade dos acusados voltada para o ilícito.

4. Conforme se infere das informações criminais juntadas às fls. 148/151 e documentos de fls. 61/62 dos autos, observa-se que os recorridos são contumazes praticantes do crime de descaminho, razão pela qual merece reforma a r. sentença para que seja recebida a denúncia contra os acusados.

5. Recurso em sentido estrito 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, dar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de julho de 2015.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal, em face de decisão que rejeitou a denúncia, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, por entender aplicável o princípio da insignificância (fls. 200/203).

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia (fls. 195/198) em face de *Marcos Vinícius Viaro Moreira Reis e Fábio Santos Pereira*, pela prática do delito previsto no artigo 334, §1º, alínea c, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 16 de outubro de 2011, após averiguação de denúncia anônima, a Polícia Federal surpreendeu, em flagrante delito, os denunciados na posse de mercadorias de origem estrangeira 7.490 (sete mil quatrocentos e noventa) maços de cigarro, destinadas ao comércio, desacompanhadas de documentação fiscal.

Consta que o tributo sonegado foi no importe de R\$ 1.647,80 (um mil, seiscentos e quarenta e sete reais e oitenta centavos).

Irresignada, a Procuradoria da República interpôs o presente recurso em sentido estrito, sustentando que a prática reiterada da conduta desautoriza a aplicação do princípio da insignificância (fls. 206/212).

Contrarrrazões apresentadas às fls. 244/246 por Marcos Vinícius Moreira Reis e 249/251 por Fábio Santos Pereira.

A e. Procuradora da República, em seu parecer, fls. 254/258, opina pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja recebida a denúncia.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

A conduta dos acusados *Marcos Vinícius Viaro Moreira Reis e Fábio Santos Pereira* amolda-se à tipificação do delito previsto no art. 334, § 1º, alínea “c”, do Código Penal.

O valor dos tributos suprimidos, conforme narrado na denúncia, corresponde ao montante de R\$ 1.647,80 (um mil, seiscentos e quarenta e sete reais e oitenta centavos).

O Ministério Público Federal sustenta que os acusados já incidiram no mesmo tipo penal precedentemente, conforme se infere das informações criminais juntadas às fls. 148/151 e documentos de fls. 61/62 dos autos.

A Lei nº 10.522/02, em seu artigo 20, com redação dada pela Lei nº 11.033/2004, afastou a execução de débitos fiscais de valor igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais), demonstrando a falta de interesse fiscal da Administração Pública relativa a tributos que não ultrapassam este limite monetário.

A Portaria nº 75, de 22/03/2012, do Ministério da Fazenda, majorou o valor anteriormente fixado para R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Embora, *in casu*, o valor dos tributos iludidos seja inferior ao estipulado como piso

para a execução fiscal, o princípio da insignificância não pode ser reconhecido quando restar comprovada a habitualidade na prática do crime de descaminho, sob pena de se legitimar constantes condutas contrárias à lei penal.

Tratando-se de conduta ilícita habitual, o desvio de comportamento deixa de ser ínfimo, mesmo que o valor do tributo seja menor que o patamar estabelecido como bagatela.

Afinal, para que um crime seja considerado insignificante, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada; situações que não se fazem presentes ao “descaminheiro” habitual.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO (ART. 334, *CAPUT*, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PACIENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais.

3. O princípio da insignificância no crime de descaminho é afastado quando comprova-se a contumácia na prática delitiva. Precedentes: HC 115.514, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 10.04.13; HC 115.869, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 07.05.13; HC 114.548, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 27.11.12; HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 14.12.12; HC 112.597, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 10.12.12; HC 100.367, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 08.09.11.

4. A existência de outras ações penais em curso contra a paciente, embora não configure reincidência, é suficiente para caracterizar a contumácia na prática delitiva, afastando, por conseguinte, a aplicação do princípio da insignificância.

5. *In casu*, a paciente foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 334, *caput*, do Código Penal, por ingressar no território nacional com mercadorias de procedência estrangeira - CDs, DVDs, cigarros, artigos de pesca, pilhas, rádios toca fitas, máquina de cortar cabelo, acessórios para videogames, baterias de telefones, calculadoras, aparelhos de telefones, maquiagens, isqueiros, brinquedos - desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória do recolhimento dos respectivos tributos, no valor total de R\$ 1.652,51 (um mil seiscentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e um centavos).

6. Destarte, em que pese o valor do tributo sonogado ser inferior ao limite estabelecido no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação conferida pela Lei 11.033/04, não é possível aplicar-se o princípio da insignificância, porquanto trata-se de paciente contumaz na prática delitiva.

7. Ordem denegada.

(HC 118686, LUIZ FUX, STF.)

1. *Habeas corpus*.

2. Descaminho. Tributos não recolhidos totalizando R\$ 441,56.

3. Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância quando o valor sonogado não ultrapassar o patamar estabelecido para arquivamento de autos das execuções fiscais, ou seja, R\$ 10.000,00, conforme dispõe o art. 20 da Lei 10.522/2002. Precedentes.

4. Existência de outros procedimentos administrativo-fiscais em desfavor do paciente, cuja soma dos tributos devidos ultrapassa o montante de R\$ 23.000,00. Reiteração delitiva. Afastamento do princípio da bagatela em razão da maior reprovabilidade da conduta.

5. Ordem denegada.

(HC 115331, GILMAR MENDES, STF.)

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 334, §1º, “c”, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE REDUZIDA. SÚMULA 444 STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO NÃO RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Preliminarmente, não há que se falar em falta de condição objetiva de punibilidade para o exercício da ação penal, em virtude da ausência de constituição definitiva do crédito tributário, pois, em se tratando de crime de descaminho - delito formal, que prescinde da ocorrência do resultado naturalístico - não é necessário o esgotamento da via administrativa, para que se dê início à ação penal. Precedente do STF.

2. Os elementos de cognição demonstram que as mercadorias apreendidas são cigarros produzidos no estrangeiro. A conduta de importar fraudulentamente cigarros produzidos no exterior subsume-se ao tipo penal de descaminho (artigo 334, “caput”, segunda parte, do Código Penal).

3. Configuraria o crime de contrabando (artigo 334, “caput”, primeira parte), fosse importação de cigarro produzido no Brasil e destinado exclusivamente à exportação e, portanto, de internação proibida.

4. O artigo 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.033/2004, autoriza o arquivamento dos autos da execução fiscal, sem baixa na distribuição, quando o valor devido for de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

5. Hodiernamente, a Portaria nº 75 de 22 de março de 2012 do Ministério da Fazenda dispõe, em seu primeiro artigo, que a Dívida Ativa da Fazenda Nacional de valor consolidado de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não será ajuizada.

6. Os dados probatórios mostram que o valor total das mercadorias apreendidas perfaz a cifra de R\$ 3.105,00 (três mil, cento e cinco reais), consoante Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de fls. 17/19, o que demonstra que os impostos incidentes não ultrapassam o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

7. Revejo meu posicionamento até então adotado sobre o tema, forte na jurisprudência da Suprema Corte, que também se modificou, sedimentando a visão de que, permanecendo o réu na prática delitiva do descaminho com habitualidade, deixa de ser aplicável o princípio da insignificância, independentemente do valor surrubiado aos cofres públicos.

8. É de todo recomendável considerar as diversas circunstâncias que cercam o delito, tais como a conduta social do agente, a reincidência e a habitualidade da conduta para sopesar a viabilidade da aplicação de citado princípio.

9. No caso dos autos, verifica-se a existência de outros inquéritos policiais e ação penal em andamento em razão do mesmo delito, razão pela qual não deve incidir o princípio da insignificância, restando mantida a sentença condenatória.

10. Não é possível agravar a pena com alusão ao desajuste na personalidade e na conduta social do acusado se tal avaliação se funda no registro de inquéritos policiais e ações penais em andamento, como é o caso dos autos, visto que tal juízo choca-se com o princípio da presunção de inocência. Súmula 444 do STJ.

11. Não há como reconhecer a atenuante da confissão espontânea, vez que, apesar de o apelante ter confessado na fase policial em juízo, embora regularmente intimado, não compareceu à audiência para realização de seu interrogatório, tendo sido decretada sua revelia (fls. 266).

12. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena aplicada para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, no regime inicial aberto. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença recorrida.

(ACR 00114957320054036102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/09/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Desse modo, a reiteração da conduta, ainda que de maneira diferida, aferidas por ações penais e inquéritos em andamento, impede a aplicação do princípio da insignificância, pois, embora diminuto o valor das mercadorias e dos tributos devidos em importação regular, atinge efetivamente o bem jurídico tutelado e afeta a ordem social, além de revelar personalidade dos acusados voltada para o ilícito.

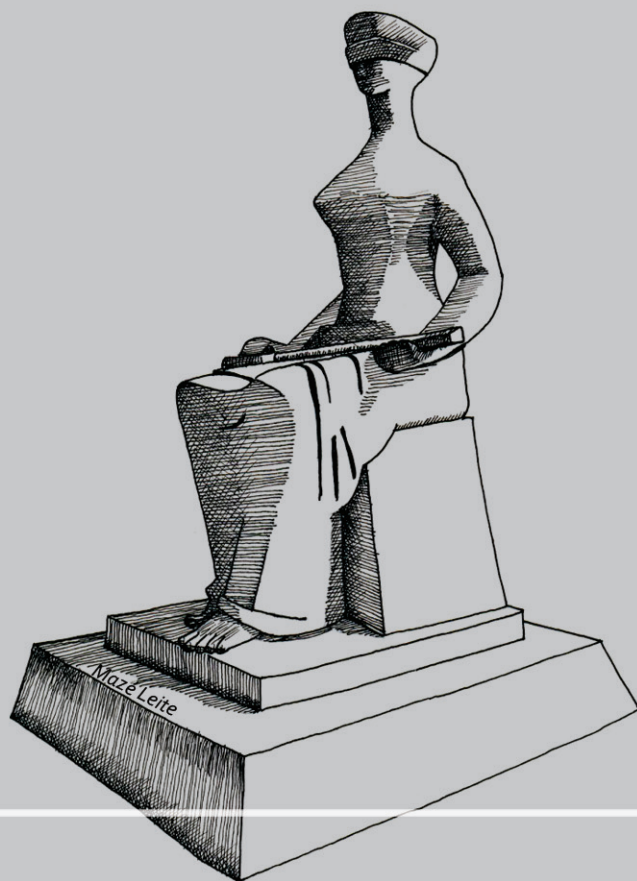
No caso dos autos, conforme se infere das informações criminais juntadas às fls. 148/151 e documentos de fls. 61/62 dos autos, observa-se que os recorridos são contumazes praticantes do crime de descaminho, razão pela qual merece reforma a r. sentença para que seja recebida a denúncia contra os acusados.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal para que seja instaurada a regular ação penal em face dos recorridos.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL
0002478-66.2002.4.03.6183
(2002.61.83.002478-3)

Apelantes: SEVERINO MONTEIRO GOMES E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: AC 1041385

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ACRÉSCIMO DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 15/12/1998 SEM OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS EXIGIDOS PELO ART. 9º DA EC Nº 20/98. IMPOSSIBILIDADE. REGIME HÍBRIDO. REFORMA PARCIAL DO JULGADO.

1. Incidente de juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º do CPC.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 575.089-2/RS, em 10/09/2008, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que reconhecida à repercussão geral, apreciando a questão quanto aos critérios para a concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição à luz dos preceitos contidos na EC 20/98, decidiu não haver direito adquirido a regime jurídico e impossibilidade da utilização de sistemas híbridos para obtenção de benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

3. Esta Décima Turma no julgamento da AC nº 2001.03.99.036093-5/SP, de Relatoria da Desembargadora Federal Diva Malerbi, em 06/10/2009, decidiu no sentido da orientação firmada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

4. Em juízo de retratação, impõe-se a reforma parcial do acórdão de fls. 351/352, adequando-se ao entendimento firmado por esta Décima Turma, na esteira na esteira do precedente no Egrégio Supremo Tribunal Federal, para limitar em 15/12/1998 a contagem de tempo de serviço, fazendo jus o autor à aposentadoria por tempo de serviço, *totalizando 30 anos, 02 meses e 10 dias até 15/12/1998, com renda mensal inicial de 70% do salário-de-benefício*, sendo este último calculado pela média aritmética simples dos últimos trinta e seis salários de contribuição apurados em período não superior a 48 meses, anteriores a 15/12/1998, nos termos do art. 53, inc. II e do art. 29, *caput*, em sua redação original, ambos da Lei nº 8.213/91. As parcelas em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença, compensando-se os valores pagos em antecipação de tutela.

5. Embargos de declaração opostos pelo INSS acolhidos parcialmente em juízo de retratação (CPC, art. 543-B, § 3º, 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, em juízo de retratação (CPC, 543-B, § 3º, do CPC), acolher parcialmente os embargos de declaração opostos pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de julho de 2015.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de incidente de retratação encaminhado pela Excelentíssima Vice-Presidente desta Corte, nos termos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a matéria controvertida, afastamento das regras de transição prevista no art. 9º da E.C. nº 20/98 (acórdão fls. 315/316), aos segurados que completaram os requisitos para a aposentação até a publicação da aludida emenda constitucional, foi objeto de apreciação pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 575.089, em que também se reconheceu a repercussão geral do tema.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Anoto que, nesta ação, objetiva a parte autora reconhecimento e conversão do tempo de atividade urbana especial em comum, bem como a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, desde a data do requerimento administrativo.

O acórdão recorrido (fls. 315/316) reconheceu o direito de autor obter o benefício de aposentadoria por tempo de serviço na forma proporcional, a contar do requerimento administrativo (25/11/1999), uma vez que totalizara 30 anos, 02 meses e 10 dias de tempo de serviço. Em sede de embargos de declaração opostos pela autarquia previdenciária (fls. 346/352), esclareceu-se que uma vez que o autor, nascido em 09/09/1958, completara 30 anos, 02 meses e 10 dias de tempo de serviço até 15/12/1998, seria inaplicável o disposto no art. 9º da Emenda Constitucional nº 20/98, quanto à exigência de idade mínima para computar o período laborado após a publicação da aludida emenda, uma vez que quando do advento da E.C. nº 20/98 a parte autora já havia cumprido os requisitos mínimos necessários à aposentação.

Todavia, no julgamento de repercussão geral do RE nº 575.089-2/RS, de 10/09/2008, com trânsito em julgado em 06/11/2008, o Supremo Tribunal Federal apreciando a questão quanto aos critérios para a concessão de benefício de aposentadoria por tempo de serviço à luz dos preceitos contidos na Emenda Constitucional nº 20/98, firmou posição sobre a inexistência do direito adquirido a regime jurídico e impossibilidade da utilização de sistemas híbridos para obtenção de benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

De outro turno, conforme julgado desta 10ª Turma, em 06/10/2009, abaixo reproduzido,

entendeu-se que o acréscimo de tempo de serviço laborado após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, sem que o segurado contasse com a idade mínima prevista no art. 9º do aludido diploma legal, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço na forma proporcional, significaria a aplicação de sistema híbrido incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários, em conflito com a posição firmada sobre o tema, em sede de repercussão geral, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE JUIZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B, § 3º, CPC. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. REGIME HÍBRIDO. REFORMA PARCIAL DO JULGADO.

- Incidente de juízo de retratação, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.
- A questão objeto do presente incidente cinge-se, tão somente, à parte do v. acórdão recorrido que entendeu inaplicável as regras de transição previstas no artigo 9º da EC nº 20/98, para fins de cálculo do benefício previdenciário de aposentadoria concedido, com o cômputo de tempo de serviço posterior a promulgação da EC nº 20/98, ao fundamento de que a parte autora já possuía direito adquirido ao referido benefício na data de sua publicação.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito da repercussão geral no RE nº 575.089-2/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu inexistir direito adquirido a determinado regime jurídico, sendo inadmissível o cálculo do benefício previdenciário em conformidade com normas vigentes antes do advento da EC nº 20/98, quando computar-se tempo de serviço posterior a ela.

- O v. acórdão recorrido ao afastar a incidência das regras de transição para fins do cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido, a par de ter reconhecido o cômputo de tempo de serviço posterior a publicação da EC nº 20/98, aplicou na espécie regime híbrido incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários.

- Em juízo de retratação, impõe-se a reforma parcial do julgado para, em consonância com o entendimento sufragado no RE nº 575.089-2/RS, afastar a restrição imposta quanto à aplicabilidade do artigo 9º da EC nº 20/98 ao caso dos autos, mantendo no mais o v. acórdão recorrido.

(TRF 3ªR, AC nº 2001.03.99.036093-5/SP, 10ª Turma; Rel. Des. Fed. DIVA MALERBI, v.u; J. 06.10.2009; D.E. 15.10.2009).

Desta feita, reformulo entendimento anterior, em consonância com o desta 10ª Turma, na esteira do precedente no Egrégio Supremo Tribunal Federal, de forma a declarar que o autor embora mantenha o direito à aposentadoria por tempo de serviço na forma proporcional, somente poderá computar o tempo de serviço laborado até 15/12/1998, correspondente a *30 anos, 02 meses e 10 dias de tempo de serviço*, conforme folha 313 e planilha anexa, tendo em vista que, nascido em 09/09/1958, contava com menos de 53 anos de idade em 25/11/1999, termo inicial do benefício, o qual fora fixado na data da do requerimento administrativo.

Assim, faz jus o autor à aposentadoria proporcional por tempo de serviço com renda mensal inicial de 70% do salário-de-benefício, sendo este último calculado pela média aritmética simples dos últimos trinta e seis salários de contribuição apurados em período não superior a 48 meses, anteriores a 15/12/1998, nos termos do art. 53, inc. II e do art. 29, *caput*, em sua redação original, ambos da Lei nº 8.213/91.

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, §3º do C.P.C., *reconsidero parcialmente* o acórdão de fls. 351/352, para limitar em 15/12/1998 a contagem

de tempo de serviço, fazendo jus o autor à aposentadoria por tempo de serviço, *totalizando 30 anos, 02 meses e 10 dias até 15/12/1998, com renda mensal inicial de 70% do salário-de-benefício*, sendo este último calculado pela média aritmética simples dos últimos trinta e seis salários de contribuição apurados em período não superior a 48 meses, anteriores a 15/12/1998, nos termos do art. 53, inc. II e do art.29, *caput*, em sua redação original, ambos da Lei nº 8.213/91. As parcelas em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença, compensando-se os valores pagos em antecipação de tutela.

Expeça-se e-mail ao INSS comunicando os termos da presente decisão que, em juízo de retratação, reconsiderou parcialmente o acórdão (fls. 351/352) e limitou a contagem de tempo de serviço em 15/12/1998, totalizando *a parte autora SEVERINO MONTEIRO GOMES* (30 anos, 02 meses e 10 dias de tempo de serviço), passando a renda mensal inicial da *APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO (NB: 42/140.844.977-0)*, para 70% do salário-de-benefício, de forma a se adequar aos termos da presente decisão.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0033173-93.2005.4.03.9999
(2005.03.99.033173-4)

Apelante: AMILTON ANTONIO DE ASSIS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JUNDIAÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe de Processo: AC 1047838
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LABOR RURAL. PROVA TESTEMUNHAL. RESP 1.348.633.

I. Incidente de juízo de retratação, nos termos do art. 543-C, § 7º, II, do CPC.

II. De acordo com o julgamento do recurso representativo da controvérsia pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.348.633), restou pacificada a questão no sentido de ser reconhecida a atividade rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material, desde que corroborada por prova testemunhal idônea.

III. O teor dos depoimentos colhidos não se reputa fonte segura e robusta para acolhimento de todo o período rural que pretende a parte autora reconhecer nestes autos.

IV. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *em sede de juízo de retratação, rejeitar os embargos de declaração, mantendo-se o v. acórdão de fls. 149/151-verso*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de julho de 2015.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço visando o reconhecimento do período trabalhado como LAVRADOR compreendendo os lapsos de 10.03.1983 a 31.12.1984 e de 01.02.1968 a 30.08.1973.

Pela decisão monocrática de fls. 93-101 deu-se parcial provimento à apelação do autor para reconhecer os períodos de exercício de atividade rural e de natureza especial e julgou-se improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço, bem como estabeleceu que os honorários advocatícios ficam a cargo das partes, em relação aos seus respectivos procuradores, em face da sucumbência recíproca.

Agravo legal (*fls.105-109*) oposto pelo autor, ao qual foi negado provimento (*fls.112-120*).

Embargos de declaração opostos pelo autor (*fls.123-130 e 145-146*), os quais foram rejeitados (*fls. 109-112 e 149-151v*).

Deste decisório a parte autora interpôs Recurso Especial (*fls.153-163*).

Pela decisão de *fl. 167* a Vice Presidência desta E. Corte determinou o retorno dos autos a esta C. Turma, para os fins do artigo 543-C, § 7º, II, do CPC, à vista do julgamento do Recurso Especial nº 1.348.633/SP.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

De acordo com o julgamento do recurso representativo da controvérsia pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.348.633), restou pacificada a questão no sentido de ser reconhecida a atividade rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material, desde que corroborada por prova testemunhal idônea, conforme julgado abaixo transcrito:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.
2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, “não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Súmula 149/STJ).
3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.
4. A Lei de Benefícios, ao exigir um “início de prova material”, teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.
5. Ainda que inexistia prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.
6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.
7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da

Súmula nº 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(STJ, REsp 1348633/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 05/12/2014)

A divergência posta em análise é concernente à fundamentação de que o acórdão recorrido teria destoado do entendimento sufragado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, vez que não teria reconhecido o exercício de atividade rural em data anterior à retratada no documento mais antigo apresentado.

Todavia, a divergência levantada não se aplica ao caso dos autos.

O v. acórdão reconheceu a atividade rural sem registro em CTPS no período compreendido entre *14.11.1972 a 31.08.1976*.

Em sede recursal insurge-se contra o não reconhecimento dos interregnos compreendidos entre *01.02.1968 a 13.11.1972, 01.09.1973 a 31.08.1976 e de 10.03.1983 a 31.12.1984*.

Verifico que o teor dos depoimentos colhidos (*fls.77-78*) não se reputa fonte segura e robusta para acolhimento de todo o período rural que pretende a parte autora reconhecer nestes autos.

Destarte, mantidos os termos da decisão recorrida, deve ser procedida a averbação da atividade rural prestada pelo autor de *14.11.1972 a 31.08.1976*, independentemente do recolhimento das contribuições previdenciárias, nos termos do art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Pelas razões expostas, nos termos dos art. 543-C, § 7º, II, do CPC, *em sede de juízo de retratação, rejeito os embargos de declaração, mantendo-se o acórdão de fls. 149/151-verso*.

Retornem os autos à Vice Presidência.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0015383-79.2007.4.03.6102

(2007.61.02.015383-8)

Agravante: ADALBERTO MALDONADO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Parte ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe de Processo: ApelReex 1407949

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO DECRETO 4.882/2003. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.

1. Juízo de retratação, nos termos do art. 543-C, § 7º, II, do CPC.

2. Decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (REsp nº 1.398.260/PR, 1ª Seção, DJe 05/12/2014), pela impossibilidade de se aplicar retroativamente o nível de ruído de 85 dB, previsto no Decreto 4.882/2003, à atividade exercida no período de 06/03/1997 a 18/11/2003.

3. Conjunto probatório que permite o reconhecimento da atividade exercida em condições especiais pela exposição a ruído superior ao limite legal.

4. Agravo legal parcialmente provido, em juízo de retratação (CPC, art. 543-C, § 7º, II, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria rejeitar a preliminar e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de julho de 2015.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS, objetivando o reconhecimento de atividade exercida em condições especiais e a concessão do benefício de aposentadoria especial.

A r. sentença monocrática de fls. 201/209 julgou procedente o pedido, reconheceu os períodos que indica e concedeu ao autor a aposentadoria especial com os consectários que especifica.

Apelação do INSS às fls. 213/230.

Em julgamento colegiado, a 9ª Turma deste Tribunal, à unanimidade, manteve a decisão monocrática anteriormente proferida, por meio da qual foi dado parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para excluir do reconhecimento, como especial, a atividade exercida a partir de 05/03/1997 e julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial.

Interposto recurso especial pelo autor, foram os autos remetidos à Vice-Presidência desta Corte e devolvidos a este Relator para eventual juízo de retratação previsto no artigo 543-C, §7º, II, do Código de Processo Civil, considerado o paradigma firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria em questão (REsp nº 1.398.260/PR).

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Passo a reapreciar a controvérsia vertida nestes autos, a teor do previsto no artigo 543-C, §7º, II, do CPC:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

(...)

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

(...)

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Por sua vez, a decisão proferida pela E. Vice-Presidência desta Corte determinou o retorno dos autos a esta Turma Julgadora, assim assentando:

Vistos etc.

Cuida-se de recurso especial interposto por segurado a desafiar v. acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

D E C I D O.

A questão ventilada neste recurso foi objeto de apreciação definitiva pelo E. Superior Tribunal de Justiça no *RESP* nº 1.398.260/PR, julgado sob o regime dos recursos representativos de controvérsia (CPC, artigo 543-C). Na oportunidade, assentou-se que o limite de tolerância para o agente agressivo ruído, no período de 06.03.1997 a 18.11.2003, deve ser aquele previsto no Anexo IV do Decreto nº 2.172/97 (90 db), sendo indevida a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, que reduziu tal patamar para 85 dB.

A ementa do citado precedente, transitado em julgado em 04.03.2015, é a que segue, *verbis*: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90 DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4882/2003. 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. Min.

Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Min. 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, Primeira Seção, REsp nº 1.398.260/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 05/12/2014) No caso em exame, constata-se que o v. acórdão recorrido *diverge* do entendimento assentado no precedente paradigmático em destaque.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, *determino a devolução dos autos à Turma julgadora*, para reexame da controvérsia à luz do precedente citado e verificação da pertinência de um juízo positivo de retratação na espécie.

Int.

Assim, reaprecio as alegações trazidas pelo autor.

Pleiteia o autor o reconhecimento, como especial, do período compreendido entre 06/03/1997 e 22/05/2007.

Para comprovação da especialidade do labor, foi colacionado aos autos o laudo pericial judicial de fls. 151/158, o qual atesta sua exposição de forma habitual e permanente a ruído de 86 decibéis.

Cumpra observar que, nos termos da decisão anteriormente mencionada, com a superveniência do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, houve redução do nível de ruído para 85 (oitenta e cinco) decibéis, não havendo que se falar em aplicação retroativa deste diploma legal.

Dessa forma, restou demonstrada a especialidade do labor no lapso de 19/11/2003 a 22/05/2007 em razão de exposição ao agente agressivo ruído em nível superior ao previsto na legislação aplicável.

In casu, porém, em análise à decisão monocrática de fls. 252/256, ainda que retratado o entendimento relativo ao nível de ruído exigido para a caracterização da atividade especial, infere-se que o não reconhecimento da especialidade não ocorreu apenas por este motivo, mas também pelo afastamento da insalubridade por conta da utilização de EPI eficaz, razão pela qual remanesce a improcedência do pedido de reconhecimento de período de trabalho em condições especiais e de concessão do benefício de aposentadoria especial.

Ante o exposto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, adoto como razão de decidir o entendimento acima consignado, para, com limite na questão devolvida à reapreciação, *dar parcial provimento ao agravo legal do autor*, para reformar a r. decisão monocrática de fls. 252/256, e, em novo julgamento, *dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS*, reconhecendo o trabalho especial nos períodos de 03/09/1979 a 09/03/1985, 09/09/1985 a 06/03/1992 e 25/01/1993 a 05/03/1997 e julgando improcedente o pedido de aposentadoria especial.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AGRAVO LEGAL EM AÇÃO RESCISÓRIA

0036344-14.2007.4.03.0000

(2007.03.00.036344-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 214/219

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Réu: VALÍRIO VIEIRA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe de Processo: AR 5318

Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/07/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL EM AÇÃO RESCISÓRIA COM FULCRO NO ART. 485, INCISO V, DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA. APLICÁVEL O ART. 557 DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. NÃO CUMPRIDA A CARÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA FÉ. DESNECESSIDADE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - A jurisprudência vem entendendo ser plenamente possível o julgamento de ação rescisória por meio do art. 557 do CPC. Precedentes desta Corte.

2 - Resta nítida a violação do julgado rescindendo ao disposto nos artigos 25, inciso II, 52 e 55, §2, e 142 da Lei nº 8.213/91, visto ter sido concedida a aposentadoria por tempo de serviço sem o cumprimento da carência legalmente exigida. De rigor, pois, a rescisão pretendida, na parte específica impugnada.

3 - No caso, restou incontroverso que a parte ré comprovou o exercício de atividade rural no período de 1960 a 1991. Assim, preenchido o requisito etário, bem como comprovado o exercício da atividade rural pelo período de carência, é medida de rigor o reconhecimento do direito à concessão da aposentadoria por idade rural.

4 - Não há que se falar em julgamento extra ou ultra petita, não obstante ter sido concedido benefício diverso daquele postulado na ação originária, consoante entendimento firmado pelo C. STJ.

5 - Com relação ao montante já percebido a título de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, o autor da ação originária, ora réu, fica desonerado da sua devolução, haja vista tratar-se de verbas destinadas à sua manutenção, possuindo natureza alimentar, e derivadas de decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada, apenas neste momento desconstituída.

6 - Tendo em vista que o benefício de aposentadoria por idade rural foi implantado pelo INSS, em substituição à aposentadoria por tempo de contribuição recebida pela parte ré desde 15/07/1999, e que ambos os benefícios correspondem a 01 salário mínimo, a princípio, não há que se falar em parcelas em atraso. Contudo, caso haja parcelas vencidas e não pagas pelo INSS, devem ser corrigidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, Resolução nº 267/2013 do E. CJF e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte. Ademais, os juros de mora incidem a partir da citação da presente ação rescisória, de forma decrescente até a data da conta de liquidação, que der origem ao

precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. A taxa de juros de mora é de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Com o advento da Lei nº 11.960/09, a partir de 30.06.2009 os juros serão aqueles aplicados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.

7 - Agravo legal parcialmente provido.

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, dar parcial provimento ao agravo legal, nos termos do voto do Relator, sendo que o Desembargador Federal Newton De Lucca o fazia apenas para afastar a condenação ao pagamento do benefício de aposentadoria por idade rural.*

São Paulo, 25 de junho de 2015.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de Agravo Legal interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fls. 225/234), com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, em face da decisão monocrática de fls. 214/219, que, nos termos do artigo 557, § 1º, do CPC, reconsiderou a decisão de fls. 184/190, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação rescisória para rescindir o v. acórdão proferido nos autos do processo nº 1999.03.99.116044-1 e, em novo julgamento, julgou parcialmente procedente o pedido da ação subjacente, para determinar ao INSS que implemente o benefício de aposentadoria por idade rural em favor do ora réu.

A presente ação rescisória foi promovida pelo INSS, com fulcro no art. 485, V (violação à literal disposição de lei), do CPC, em face de Valério Vieira, objetivando rescindir o v. acórdão proferido pela Primeira Turma desta E. Corte (fls. 35/39), nos autos do processo nº 1999.03.99.16044-1, que negou provimento à apelação da Autarquia e à remessa oficial, para julgar procedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

O INSS alega primeiramente cerceamento de defesa, haja vista ter sido concedido à parte ré benefício diverso do debatido nos autos da ação subjacente, razão pela qual requer seja anulada a decisão recorrida para que seja possibilitada a apresentação de contestação relativa à aposentadoria por idade rural. Requer também a reforma parcial da r. decisão agravada, para que a parte ré seja condenada à restituição das quantias recebidas indevidamente por ela a título de aposentadoria por tempo de serviço. Alega ainda que a parte ré não comprovou nos autos o exercício de atividade rural pelo período de carência necessário à concessão da aposentadoria por idade rural, na forma do artigo 143 da Lei nº 8.213/91. Por fim, requer que o termo inicial dos juros de mora sejam fixados a contar da presente ação rescisória, e não da ação originária.

O recurso é apresentado em mesa para julgamento, nos termos do art. 250 do Regimento Interno desta Corte Regional, porquanto não reconsiderada a decisão agravada.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de Agravo Legal interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fls. 225/234), com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, em face da decisão monocrática de fls. 214/219, que, nos termos do artigo 557, § 1º, do CPC, reconsiderou a decisão de fls. 184/190, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação rescisória para rescindir o v. acórdão proferido nos autos do processo nº 1999.03.99.116044-1 e, em novo julgamento, julgou parcialmente procedente o pedido da ação subjacente, para determinar ao INSS que implemente o benefício de aposentadoria por idade rural em favor do ora réu.

Primeiramente, cumpre observar ser plenamente possível o julgamento de ação rescisória por meio do artigo 557 do CPC.

Nesse sentido, vem se posicionando a Terceira Seção desta E. Corte, conforme comprovam os seguintes precedentes: AR 9543, Processo nº 2013.03.00.024195-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, D.J. 06/02/2014; AR 6809, Processo nº 2009.03.00.013637-3/SP, Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, D.J. 11/02/2014; e AR 6285, Processo nº 2008.03.00.024136-0/SP, Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis, D.J. 29/01/2014.

Além disso, a parte inconformada dispõe do recurso de agravo que será submetido ao órgão colegiado (art. 557, § 1º, do CPC), não podendo se falar em prevalência de entendimento pessoal do Relator.

A decisão agravada foi prolatada nos seguintes termos:

(...)

Quanto ao juízo rescindendo, entendo deva ser mantida a r. decisão agravada, uma vez que o v. acórdão rescindendo declarou como efetivamente trabalhado na lavoura, em regime de economia familiar, o período de 1960 a 1991, o qual perfaz mais de 30 (trinta) anos, conforme exige o artigo 52 da Lei nº 8.213/1991, para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Ocorre que todo esse período foi reconhecido sem que houvesse recolhimento de contribuição previdenciária, razão pela qual não poderia ser computado para carência, conforme preceitua o artigo 55, §2º, da Lei nº 8.213/1991.

Ressalte-se que não há controvérsia nestes autos a respeito do tempo declarado por sentença como laborado na zona rural, assim como em relação ao cômputo resultado da soma com os dados constantes do CNIS a que chegou a decisão rescindenda.

A questão que aqui se coloca está em saber se o requerido teria comprovado a carência de 108 (cento e oito) meses correspondentes ao ano de ajuizamento da ação (1999), de acordo com a tabela do art. 142 da Lei nº 8.213/91.

Resta evidente que não se tem por comprovada a carência exigida, pois, conforme consta de consulta efetuada junto ao sistema CNIS/DATAPREV (fls. 192/193), a parte ré recolheu contribuições previdenciárias como contribuinte individual apenas no período de janeiro/1985 a abril/1987.

Assim, como o período de trabalho rural sem registro em CTPS não pode ser computado para fins de carência, forçoso concluir que esta não foi cumprida pela parte ré,

Logo, resta nítida a violação do julgado rescindendo ao disposto nos artigos 25, inciso II, 52 e 55, §2, e 142 da Lei nº 8.213/91, visto ter sido concedida a aposentadoria por tempo de serviço sem o cumprimento da carência legalmente exigida. De rigor, pois, a rescisão pretendida, na parte específica impugnada.

Vale ressaltar que nesta Terceira Seção registram-se precedentes no mesmo sentido, conforme ementas que seguem:

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

I - A teor do disposto no § 2º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, é necessário a comprovação dos recolhimentos previdenciários pelo tempo mínimo de carência exigida, uma vez que o tempo de serviço rural não é computado para tais efeitos.

II - Não havendo nos autos comprovação de recolhimentos pelo período previsto no artigo 42 da Lei nº 8.213/91, embora haja prova documental e testemunhal a comprovar o exercício de atividade laborativa, torna-se inviável a concessão do benefício pleiteado.

III - Ação rescisória que se julga procedente, com fulcro no inciso V do artigo 485 do CPC. Pedido de aposentadoria por tempo de serviço julgado improcedente”.

(TRF 3ª Região, AR 1056/SP, Proc. nº 0010805-90.2000.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, e-DJF3 Judicial 1 24/06/2013).

“AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RURAL. CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. DISPENSA DE PROVA. ART. 55, § 2º, LEI Nº 8.213/91. VIOLAÇÃO DE LEI. RESCISÓRIA PROCEDENTE. DEMANDA SUBJACENTE PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1 - A violação de literal disposição de lei, a autorizar o manejo da ação nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil, é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego inadequado. Pressupõe-se, portanto, que a norma legal tenha sido ofendida em sua literalidade pela decisão rescindenda.

2 - A questão que aqui se coloca está em saber se o requerido, que completou 31 anos de tempo de serviço em 1998 teria comprovado a carência de 102 (cento e dois) meses correspondentes àquele ano, de acordo com a tabela do art. 142 da Lei nº 8.213/91.

3 - Resta evidente que não se tem por comprovada a carência exigida, pois, conforme consignou a r. decisão rescindenda, o requerido contava com 33 anos e 06 meses de trabalho na data do ajuizamento daquela ação, sendo 29 anos e 01 mês dedicados à atividade campesina, que não se contam para efeito de carência por que não registrados em CTPS.

4 - Nítida a violação da r. decisão rescindenda ao quanto literalmente disposto nos arts. 26 e 52, *caput*, ambos da Lei nº 8.213/91, na medida em que ignorada a exigência de carência para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço. De rigor, pois, a rescisão pretendida, na parte específica impugnada.

5 - O deferimento da aposentadoria por tempo de serviço não prescinde da carência, ou seja: de um período mínimo de contribuição ao sistema, consoante art. 55, *caput*, da Lei nº 8.213/91 e na medida em que a benesse não foi incluída no rol taxativo de dispensa constante do art. 26 do mesmo diploma legal.

6 - Indevida a concessão da aposentadoria postulada, uma vez que o requerido não demonstrou haver vertido contribuição em número correspondente à da carência.

7 - Ação rescisória julgada procedente. Ação subjacente parcialmente procedente. Tutela antecipada mantida.”

(TRF 3ª Região, AR 7796/SP, Proc. nº 0037801-76.2010.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, e-DJF3 Judicial 1 11/12/2013)

“AÇÃO RESCISÓRIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 485, INCISO V. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADORA RURAL DIARISTA. INEXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTOS. NÃO CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. SÚMULA Nº 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCABIMENTO.

- A alegação de carência de ação apresentada na contestação, ante a inocorrência de ofensa a texto de lei e a ventilada incidência da Súmula 343 do STF, requer o exame minucioso dos argumentos expendidos na exordial, dizendo respeito ao mérito do pedido, confundindo-se com o iudicium rescindens propriamente dito, ficando rejeitada a preliminar.

- Descabe falar em incidência da Súmula nº 343 do STF, por se cuidar de questão diretamente relacionada a matéria de índole constitucional e por não se tratar de tema controvertido nos tribunais à época do julgado.

- Não obstante a atividade laborativa anterior à edição da Lei nº 8.213/91, na condição de segurado especial, em regime de economia familiar, ou como trabalhador volante, em caráter eventual, possa ser reconhecida, mesmo sem o pagamento do tributo correspondente, não pode ser considerada para fins de carência, devendo esta obedecer aos critérios do artigo 25, inciso II, da LBPS.

- A requerente, ora ré, não recolheu nenhuma contribuição facultativa a lhe ensejar a concessão da aposentadoria, nos termos do artigo 52 da Lei nº 8.213/91, não se desconhecendo o teor da Súmula 272 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, enunciando que 'o trabalhador rural, na condição de segurado especial, sujeito à contribuição obrigatória sobre a produção rural comercializada, somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço, se recolher contribuições facultativas'.

- Analisando a situação sob a óptica de trabalhador rural volante, inexistente demonstração de que verteu o número mínimo de contribuições para efeito de carência, de acordo com a tabela trazida pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

- Ação rescisória que se julga procedente. Em sede de juízo rescisório, reconhecimento da improcedência do pleito de concessão de aposentadoria por tempo de serviço".

(TRF 3ª Região, AR 2693/SP, Proc. nº 0051770-42.2002.4.03.0000, Rel. Juíza Fed. Conv. Márcia Hoffmann, e-DJF3 Judicial 1 17/01/2011, p. 159).

Todavia, quanto ao juízo rescisório, assiste razão à parte agravante.

No caso, restou incontroverso que a parte ré comprovou o exercício de atividade rural no período de 1960 a 1991.

Tendo em vista que não houve o recolhimento de contribuições previdenciárias, tal período não pode ser computado para carência para fins de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Por esta razão, a parte ré não preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Outrossim, cumpre verificar se a parte ré faz jus ao benefício de aposentadoria por idade rural, previsto no artigo 143 da Lei nº 8.213/91, o qual assim dispõe:

"O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea 'a' do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício."

Para sua concessão inexistente a exigência de comprovação de recolhimentos de contribuições ou período de carência, mas apenas idade mínima e prova do exercício de atividade rural, dentro do período estabelecido no artigo 142 da referida lei.

Pacificado no C. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a comprovação da atividade rural requer a existência de início de prova material, a qual poderá ser corroborada com a prova testemunhal, conforme entendimento cristalizado na Súmula 149, que assim dispõe: "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção do benefício previdenciário".

O Superior Tribunal de Justiça considera também não ser imprescindível que a prova material abranja todo o período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, desde que a prova testemunhal seja robusta, permitindo sua vinculação ao tempo de carência.

A idade mínima exigida para a obtenção do benefício restou preenchida em 23/11/2000 (fls. 30).

De outra sorte, conforme mencionado acima, restou comprovado o exercício de atividade rural por parte do ora réu no período de 1960 a 1991, ou seja, tempo mais do que suficiente para

cumprir a carência de 114 (cento e catorze) meses exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/91 para aqueles que implementaram o requisito etário no ano de 2000.

Assim, preenchido o requisito etário, bem como comprovado o exercício da atividade rural pelo período de carência, é medida de rigor o reconhecimento do direito à concessão da aposentadoria por idade rural.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que o ora réu faz jus à percepção de aposentadoria por idade ao trabalhador rural, desde 23/11/2000, com renda mensal inicial no valor de um salário mínimo.

Contudo, observo que a implementação da aposentadoria rural por idade dar-se-á a partir da comunicação desta decisão ao INSS, visto que o requerido se encontra, desde 1999, em gozo indevido de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, como decorrência da sentença de procedência do pedido na ação originária.

No presente caso, não há que se falar em julgamento extra ou ultra petita, não obstante ter sido concedido benefício diverso daquele postulado na ação originária, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PEDIDO INICIAL. VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. ADEQUABILIDADE. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO AO SEGURADO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando não estarem atendidos os pressupostos para concessão do benefício requerido na inicial, concede benefício diverso cujos requisitos tenham sido cumpridos pelo Segurado.

2. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido”.

(AgRg no Ag 1232820/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 22.11.2010)

Neste ponto, cabe invocar ainda o quanto disposto no art. 462 do Código de Processo Civil, segundo o qual se depois da propositura da ação algum fato constitutivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, mesmo que de ofício, no momento de proferir a decisão.

Ademais, é preciso avaliar as peculiaridades do caso concreto, em que o ora réu possui atualmente 74 (setenta e quatro) anos de idade e está desde 1999 recebendo benefício previdenciário no valor de um salário mínimo.

Diante disso, não parece ser a solução mais correta simplesmente revogar a aposentadoria por tempo de serviço judicialmente concedida ao réu, o que certamente lhe causaria sérios problemas financeiros, sem conceder-lhe outro benefício, também no valor de um salário mínimo, cujos requisitos encontram-se preenchidos desde 2000.

Além disso, vale frisar mais uma vez que nem o INSS questiona o labor rural do ora réu entre 1960 e 1991, ou seja, por mais de 30 (trinta) anos.

Ressalte-se também que se o ora réu jamais pleiteou a concessão da aposentadoria por idade rural administrativamente, certamente não foi por desídia, mas sim porque estava recebendo outra aposentadoria inacumulável com aquela, nos termos do disposto do artigo 124 da Lei nº 8.213/91.

Portanto, tendo em vista ser inquestionável o direito do réu à percepção da aposentadoria por idade rural desde 2000, seria de extremo rigor exigir-lhe que requeira agora o referido benefício junto ao INSS, ainda mais quando é notória a resistência da Autarquia Previdenciária em conceder benefícios de natureza rural.

Por fim, vale dizer que em processo análogo a este a Terceira Seção desta E. Corte já se manifestou no mesmo sentido, conforme julgado abaixo transcrito:

“AGRAVO LEGAL EM AÇÃO RESCISÓRIA - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO A TRABALHADOR RURAL - VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. ADEQUABILIDADE. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO AO SEGURADO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - Viola a literal disposição de lei o acórdão que concede aposentadoria por tempo de serviço a trabalhador rural que não comprovou o cumprimento da carência.

2 - O período anterior à vigência da Lei 8213/91 não pode ser computado para efeito de carência, pois o trabalhador rural não efetuava contribuições à antiga Previdência Social Rural (art. 55, § 2º, da Lei 8213/91).

3 - não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando não estarem atendidos os pressupostos para concessão do benefício requerido na inicial, concede benefício diverso cujos requisitos tenham sido cumpridos pelo Segurado.

4. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido.”

(TRF 3ª Região, AR 1054/SP, Proc. nº 0010600-61.2000.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, e-DJF3 Judicial 1 25/07/2014)

Com relação ao montante já percebido a título de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, o autor da ação originária, ora réu, fica desonerado da sua devolução, haja vista tratar-se de verbas destinadas à sua manutenção, possuindo natureza alimentar, e derivadas de decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada, apenas neste momento desconstituída.

Assim, manifesta a boa-fé no recebimento dos valores ora discutidos, entendendo ser inadmissível a restituição pretendida pelo INSS, mesmo porque, enquanto o *descisum rescindendum* produziu efeitos, o pagamento era devido.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 51 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, abaixo transcrita:

Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento.

Da mesma forma, vem sendo decidido pela E. Terceira Seção desta Corte:

“AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 343 DO STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE. LEI Nº 9.032/95. MAJORAÇÃO DE COEFICIENTE. NORMA POSTERIOR MAIS BENÉFICA. VIOLAÇÃO DE LEI. RESCISÓRIA PROCEDENTE. DEMANDA SUBJACENTE IMPROCEDENTE. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO IMPROCEDENTE.

1 - A matéria aventada na inicial encontra-se fundamentada na interpretação de texto constitucional. Com efeito, o foco principal da demanda está na análise das disposições dos arts. 5º, XXXVI e 195, § 5º, da Constituição Federal, girando a tese, portanto, sobre matéria eminentemente constitucional, ficando afastada, desta forma, a aplicação da Súmula nº 343 do C. STF.

2 - A violação de literal disposição de lei, a autorizar o manejo da ação nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil, é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego inadequado. Pressupõe-se, portanto, que a norma legal tenha sido ofendida em sua literalidade pela decisão rescindenda.

3 - O Plenário da Suprema Corte, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 415454 e 416827, afastou, por maioria de votos, a tese da possibilidade de incidência da lei nova sobre os benefícios de pensão por morte em manutenção.

4 - A decisão que determina a majoração de coeficiente com base na Lei nº 9.032/95 para benefício concedido em momento anterior ofende ao disposto nos arts. 5º, XXXVI e 195, § 5º, da Constituição Federal, assim como o art. 75 da Lei nº 8.213/91, cabendo, em consequência, a sua rescisão.

5 - Tratando-se de benefício com termo inicial em 04.06.1984, não há que se falar em incidência retroativa da Lei nº 9.032/95.

6 - Indevida a devolução dos valores auferidos pela parte em razão do benefício, haja vista seu caráter alimentar e recebimento decorrente de decisão judicial, o que comprova boa-fé.

7 - Ação rescisória julgada procedente. Pedido de majoração de coeficiente formulado na ação subjacente e pleito do INSS de restituição de valores improcedentes. Tutela antecipada mantida.”

(TRF 3ª Região, Ação Rescisória nº 5486/SP, Proc. nº 0074182-88.2007.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, e-DJF3 Judicial 1 08/01/2014)

“AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343-STF - AUMENTO DO COEFICIENTE DE CÁLCULO DA PENSÃO POR MORTE - INAPLICABILIDADE AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DAS LEIS QUE ASSIM DISPUSERAM - VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DA PRÉVIA NECESSIDADE DE CUSTEIO - AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE - AÇÃO ORIGINÁRIA IMPROCEDENTE - PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS POR CONTA DA DECISÃO RESCINDENDA - IMPOSSIBILIDADE, POR DECORREREM DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, DA BOA-FÉ DO JURISDICIONADO E DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS.

1) As normas constitucionais têm supremacia sobre todo o sistema jurídico. Por isso, não cabe falar em ‘interpretação razoável’ das normas constitucionais, mas, apenas, na ‘melhor interpretação’, não se lhes aplicando, portanto, o enunciado da Súmula 343-STF.

2) Para efeitos institucionais, ‘melhor interpretação’ é a que provém do Supremo Tribunal Federal, pois que é o guardião da Constituição.

3) Sujeitam-se, portanto, à ação rescisória, as sentenças/acórdãos contrários aos precedentes do STF (em controle concentrado ou difuso), sejam eles anteriores ou posteriores ao julgado rescindendo, mesmo em matéria constitucional não sujeita aos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade dos preceitos normativos.

4) O Plenário do STF, apreciando casos em que as pensões previdenciárias foram concedidas antes e depois das Leis 8213/91, 9032/95 e 9528/97, fez prevalecer a sua jurisprudência que já consagra a aplicação do princípio *tempus regit actum*, ou seja, as leis novas que alteram os coeficientes de cálculo da pensão só se aplicam aos benefícios concedidos sob a sua vigência.

5) Afirmou, então, que os julgados que autorizavam a aplicação da lei nova a benefícios concedidos antes de sua vigência, sob fundamento de garantir o direito adquirido, na verdade, faziam má aplicação dessa garantia, negligenciando o princípio constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI) e a imposição constitucional de que a lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (art. 195, § 5º) - REs 415.454-4-SC e 416.827-8 SC.

6) Violação ao princípio da isonomia que, também, foi expressamente afastado, ao fundamento de que ele não poderia ser analisado isoladamente sem levar em conta os demais postulados constitucionais específicos em tema de previdência social.

7) Se eventuais pagamentos efetuados o foram por conta da decisão rescindenda, impossível é a sua restituição, pois que decorreram de decisão transitada em julgado, da boa-fé do jurisdicionado, bem como da irrepetibilidade dos alimentos. Precedentes do STJ.

8) Beneficiária da assistência judiciária gratuita, é de se isentar a ré do pagamento dos encargos decorrentes da sucumbência, seguindo a orientação adotada pelo STF no sentido de que ‘a exclusão do ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte vencida’, pois ‘ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais’ (Ag. Reg. nos REs. 313.348-9-RS, 313.768-9-SC e 311.452-2-SC).

9) Ação rescisória procedente. Ação originária improcedente. Pedido de devolução dos valores eventualmente pagos improcedente.”

(TRF 3ª Região, Ação Rescisória nº 5526/SP, Proc. nº 0082696-30.2007.4.03.0000, Terceira

Seção, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, e-DJF3 Judicial 1, 11/12/2013)

Outrossim, cumpre observar que os valores já pagos pelo INSS a título de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, referentes ao período posterior a 23/11/2000 (termo inicial da aposentadoria por idade rural), devem ser deduzidos de eventual valor a pagar a título do benefício concedido nesta rescisória, para evitar o enriquecimento sem causa do réu (Lei n.º 8.213/91, art. 124, inciso II).

Diante da sucumbência recíproca, determino que cada parte arque com os honorários de seus respectivos patronos.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, RECONSIDERO a decisão agravada de fls. 184/190, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação rescisória para rescindir o v. acórdão proferido nos autos do processo n.º 1999.03.99.116044-1 e, em novo julgamento, julgo parcialmente procedente o pedido da ação subjacente, para determinar ao INSS que implemente o benefício de aposentadoria por idade rural em favor do ora réu, na forma da fundamentação acima, restando prejudicada a apreciação do agravo legal de fls. 197/212.

Independentemente do trânsito em julgado, determino, com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil, a expedição de e-mail ao INSS, instruído com os documentos do segurado VALÍRIO VIEIRA para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do benefício de aposentadoria por idade rural, com data de início - DIB 23/11/2000, em substituição à aposentadoria por tempo de serviço/contribuição atualmente recebida por ele, e renda mensal no valor de 01 (um) salário mínimo.

Oficie-se ao MM. Juiz de primeira instância, comunicando-se o teor desta decisão.

Cumpridas todas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Publique-se. Intimem-se.

Da análise da transcrição supra, verifica-se que a r. decisão agravada desconstituiu o r. julgado rescindendo, em razão de ter sido concedida a aposentadoria por tempo de contribuição à parte ré, mesmo sem esta ter recolhido o número de contribuições necessárias para o cumprimento da carência, haja vista que o tempo de serviço rural reconhecido (1960 a 1991) não pode ser computado para tal fim, nos termos do artigo 55, §2º, da Lei n.º 8.213/91.

Ocorre que, conforme apontado pela r. decisão agravada, a parte ré, embora não tenha a carência necessária para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, possui os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade rural, visto que conta com idade superior à mínima exigida, sendo incontroverso o seu trabalho em atividades rurais por mais de 30 (trinta) anos, o que é mais do que suficiente para suprir a carência prevista pelos artigos 142 c/c 143 da Lei n.º 8.213/91.

Assim, ao contrário do que alega o INSS, não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez ser incontroverso o trabalho rural do autor entre 1960 e 1991, pois reconhecido por decisão já transitada em julgado. Tanto é assim que tal questão sequer é objeto da presente ação rescisória.

Ainda que assim não fosse, os argumentos apresentados pelo INSS em seu agravo legal serão objeto de apreciação por esta E. Terceira Seção, razão pela qual entendo não haver cerceamento de defesa.

Cumpre observar também haver julgados tanto do C. STJ como desta E. Corte que admitem a concessão de benefício previdenciário diverso daquele postulado na ação originária, sem que tal fato represente julgamento *extra* ou *ultra petita*, os quais inclusive já foram citados na decisão agravada.

Quanto ao pedido de restituição das quantias recebidas indevidamente pela parte ré a

título de aposentadoria por tempo de serviço, tal pleito não deve ser deferido, haja vista tratar-se de verbas destinadas à sua manutenção, possuindo natureza alimentar, e derivadas de decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada, apenas neste momento desconstituída.

No mais, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Vale dizer ainda que é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta Corte, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, que possam gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

A propósito, destaco os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL. VIOLAÇÃO DE LEI. DOCUMENTO NOVO. INEXISTÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA.

(...)

X - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, que possam gerar dano irreparável ou de difícil reparação à parte.

XI - Não merece reparos a decisão recorrida.

XII - Agravo não provido.

(TRF 3ª Região, AR 0029581-21.2012.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, e-DJF3 Judicial 1 21/02/2013)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO E ERRO DE FATO. IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE. DECISÃO FUNDAMENTADA.

(...)

III - É assente orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

IV - Não merece reparos a decisão recorrida.

V - Agravo não provido.

(TRF 3ª ReAR nº 00442932120094030000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, e-DJF3 16/09/2011, p. 243).

Por fim, tendo em vista que o benefício de aposentadoria por idade rural foi implantado pelo INSS, em substituição à aposentadoria por tempo de contribuição recebida pela parte ré desde 15/07/1999, e que ambos os benefícios correspondem a 01 (um) salário mínimo, a princípio, não há que se falar em parcelas em atraso.

Contudo, caso haja parcelas vencidas e não pagas pelo INSS, devem ser corrigidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, Resolução nº 267/2013 do E. CJF e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte.

Ademais, os juros de mora incidem a partir da citação da presente ação rescisória, de forma decrescente até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. A taxa de juros de mora é de 1% ao mês, nos termos do art. 406

do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Com o advento da Lei nº 11.960/09, a partir de 30.06.2009 os juros serão aqueles aplicados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo legal, apenas para fixar os critérios de incidência dos juros de mora e correção monetária, mantida, no mais, a r. decisão agravada.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0028264-03.2008.4.03.9999

(2008.03.99.028264-5)

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: TEREZA DE MORAES RODE

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE GETULINA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/07/2015

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de recurso especial interposto pelo INSS, contra v. acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal, em ação ajuizada visando à concessão de benefício previdenciário de pensão por morte.

Decido.

A presente impugnação merece admissão.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à impossibilidade de recolhimento “*post mortem*” das contribuições previdenciárias devidas pelo contribuinte individual, para fins de recebimento de pensão por morte. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS DO BENEFÍCIO. CONDIÇÃO DE SEGURADO. CONTRIBUIÇÕES POST MORTEM. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP 1.110.565/SE, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. “*a perda da qualidade de segurado importa na impossibilidade da concessão do benefício de pensão por morte por falta um dos requisitos indispensáveis, sendo inviável a regularização do recolhimento das contribuições post mortem*” (STJ, AgRg no REsp 1.384.894/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/9/2013).

2. A Terceira Seção, no julgamento do REsp nº 1.110.565/SE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, fixou o entendimento de que o deferimento do benefício de pensão por morte está condicionado ao cumprimento da condição de segurado do falecido, salvo na hipótese prevista no verbete sumular nº 416/STJ: “*É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito*”.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1470823/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 21/11/2014)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. INEXISTÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO OBRIGATÓRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECOLHIMENTO POST MORTEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ.

1. *No presente caso, segundo relatam os fatos, o de cujus já não contribuía com o sistema há anos, o que, por sua vez, ensejou a perda de sua qualidade de segurado pois, diferentemente das outras espécies de segurados obrigatórios, a pessoa, na qualidade de contribuinte individual, tem o dever de recolher as contribuições.*

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não é possível a concessão de pensão por morte aos dependentes do segurado falecido, contribuinte individual, que não efetuou o recolhimento das contribuições respectivas à época, não havendo amparo legal para que seja feito post mortem: “é imprescindível o recolhimento das contribuições respectivas pelo próprio segurado quando em vida para que seus dependentes possam receber o benefício de pensão por morte. Desta forma, não há base legal para uma inscrição post mortem ou para que sejam regularizadas as contribuições pretéritas, não recolhidas em vida pelo de cujus” (REsp 1.328.298/PR, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 28.9.2012). Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 535.684/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS DO BENEFÍCIO. CONDIÇÃO DE SEGURADO. CONTRIBUIÇÕES POST MORTEM. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.110.565/SE, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme consignado na decisão agravada, a Terceira Seção, no julgamento do REsp nº 1.110.565/SE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, fixou o entendimento de que o deferimento do benefício de pensão por morte está condicionado ao cumprimento da condição de segurado do falecido, salvo na hipótese prevista no verbete sumular nº 416/STJ: “É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito.”

2. O texto do art. 282 da Instrução Normativa nº 118/2005 do INSS, autoriza o recolhimento post mortem das contribuições devidas pelo contribuinte individual, para fins de pensão, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado do falecido, situação não verificada nos autos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1284217/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 04/06/2014)

Neste caso, vê-se que o v. acórdão recorrido diverge do entendimento consolidado pela instância *ad quem*.

Ante o exposto, *admito* o recurso especial.

Intimem-se.

São Paulo, 01 de julho de 2015.

Desembargadora CECÍLIA MARCONDES - Vice-Presidente

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0060809-29.2008.4.03.9999

(2008.03.99.060809-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Interessada: EVA OROSCO DOS SANTOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE VINHEDO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: AC 1379628

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2015

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. AGRAVO LEGAL. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AGRAVO PROVIDO.

1. De acordo com o julgamento do recurso representativo da controvérsia pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.110.565/SE), restou pacificada a questão no sentido de que somente na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do RGPS, desconsidera-se a perda da qualidade de segurado para fins de concessão do benefício de pensão por morte.

2. Embora se constate, malgrado a perda da qualidade de segurado, o recolhimento de 163 contribuições que, em tese, excederiam a carência exigida, o falecido, na data do óbito, não havia implementado o requisito etário necessário à percepção do benefício de aposentadoria por idade (65 anos), vez que faleceu aos 62 anos de idade.

3. Ambos os requisitos devem estar preenchidos, não sendo suficiente o cumprimento de apenas um deles. Precedentes do e. STJ.

4. Restou pacificado pelo e. Supremo Tribunal Federal, ser desnecessária a restituição dos valores recebidos de boa fé, devido ao seu caráter alimentar, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

5. Agravo legal provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de junho de 2015.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de recurso devolvido pelo E. Superior Tribunal de Justiça para juízo de retratação, nos termos do Art. 543-C, § 7º, II, do CPC.

A ação de conhecimento, ajuizada em 04.11.2005, tem por objeto condenar a autarquia previdenciária à concessão do benefício de pensão por morte de cônjuge, ocorrida em 29.03.2004, aos 62 anos de idade (fls. 17), sob a alegação de que, preenchidos os requisitos necessários para aposentar-se em vida, a viúva seria apta a requerer o benefício previdenciário.

Interposto agravo retido pela autarquia, às fls. 54, contra decisão que afastou a preliminar de carência de ação.

Em 28.02.2008, a r. sentença de fls. 60/62 julgou improcedente o pedido, em razão da perda da qualidade de segurado do *de cujus*, sem condenação em custas e honorários advocatícios, por tratar-se de beneficiária da Justiça Gratuita.

A parte autora apelou (fls. 65/72), alegando que a perda da qualidade de segurado de seu cônjuge não obstaría a outorga da pensão por morte, vez que preencheria todos os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição, pugnando pela reforma integral da sentença.

Apresentadas contrarrazões, os autos foram distribuídos à Décima Turma da Corte.

Com fundamento no Art. 557, § 1º-A, do CPC, foi provida a apelação, em 09.02.2009, condenando a autarquia à concessão do benefício de pensão por morte, a partir da data da citação (17.02.2006), em valor não inferior a 01 (um) salário mínimo, nos termos do Art. 201, § 2º, do CPC (fls. 79/80).

Esposou-se entendimento de que, quando o segurado faleceu, contava com tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência, ou seja, 13 anos, 07 meses e 19 dias (163 contribuições previdenciárias), sendo que, à época do óbito, a carência era de 138 meses.

Consoante disposto no Art. 74, da Lei 8.213/91, a pensão seria devida aos dependentes do segurado que falecesse, aposentado ou não, e, segundo o Art. 3º, § 1º, da Lei 10.666/03, a perda da qualidade não seria considerada para a concessão do benefício em questão, desde que o segurado contasse com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício.

A autarquia interpôs agravo legal, às fls. 83/90, alegando não terem sido preenchidos os requisitos para a concessão da pensão por morte, uma vez que o instituidor da pensão não chegou a completar a idade exigida para obter a aposentadoria.

Em 14.04.2009, por unanimidade, a Décima Turma da Corte negou provimento ao agravo, sob o entendimento de que não se desprezaria a carência já satisfeita por quem perdeu a qualidade de segurado, sem antes atingir a idade mínima para a aposentadoria (fls. 93/97).

Às fls. 99/105 e 106/112, respectivamente, o INSS interpôs recursos especial e extraordinário, aduzindo violação ao disposto nos Arts. 15, 74 e 102, §§ 1º e 2º, todos da Lei nº 8.213/91, impossibilidade de aplicação das disposições contidas no Art. 3º, da Lei nº 10.666/2003 para o caso em tela, e repercussão geral no STF.

Sobreveio decisão em recurso especial, de 18.12.2009, da Vice-Presidência desta Corte (fls. 132/133), determinando a devolução dos autos à Décima Turma para reapreciação da matéria, nos termos do Art. 543-C, § 7º, II, do CPC, considerando a decisão proferida no REsp. 1.110.565/SE pelo E. STJ.

Em sede de juízo de retratação foi mantido o acórdão divergente, em 26.02.2010 (fls. 137/140), por entender inexistente a dissonância com o exarado pelo Colendo STJ no Recurso Especial Repetitivo nº 1.110.565/SE.

Às fls. 144/145, à vista da manutenção do *decisum* divergente, a Vice-Presidência da Corte admitiu o recurso especial, nos termos do § 8º, do Art. 543-C, do CPC, na medida em que o acórdão combatido teria sido proferido em desconformidade com o entendimento do STJ, no sentido de que a qualidade de segurado do falecido seria dispensável apenas nos casos de preenchimento ainda em vida dos requisitos para a obtenção de qualquer das aposentadorias previstas na Lei de Benefícios.

Por seu turno, às fls. 147, não foi admitido o recurso extraordinário, por não haver contrariedade direta em relação ao texto constitucional a justificar o recebimento de referido recurso.

Às fls. 149/152, a autarquia interpôs agravo, nos próprios autos, contra decisão que não admitiu recurso extraordinário.

Remessa eletrônica dos presentes autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça em 06.08.2012, sendo recebidos em 21.08.2012 (fls. 159).

Despacho em recurso especial, do Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça, em 25.04.2014 (fls. 173), determinando devolução dos presentes autos a esta Corte, para que o órgão colegiado faça o juízo de retratação.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

De acordo com o julgamento do recurso representativo da controvérsia pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.110.565/SE), restou pacificada a questão no sentido de que somente na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do RGPS, desconsidera-se a perda da qualidade de segurado para fins de concessão do benefício de pensão por morte, como se vê do acórdão assim ementado:

RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AOS DITAMES DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. PENSÃO POR MORTE. PERDA PELO DE CUJUS DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. REQUISITO INDISPENSÁVEL AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. EXCEÇÃO. PREENCHIMENTO EM VIDA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - A condição de segurado do de cujus é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte ao(s) seu(s) dependente(s). Excepciona-se essa regra, porém, na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Precedentes.

II - *In casu*, não detendo a de cujus, quando do evento morte, a condição de segurada, nem tendo preenchido em vida os requisitos necessários à sua aposentação, incabível o deferimento do benefício de pensão por morte aos seus dependentes.

Recurso especial provido.

(REsp 1110565/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 03/08/2009).

Na hipótese dos autos, para a percepção do benefício de aposentadoria por idade, o *de cujus* deveria cumprir a carência de 156 meses, vez que completaria 65 anos em 2007.

Assim, embora se constate, malgrado a perda da qualidade de segurado, o recolhimento de 163 contribuições que, em tese, excederiam a carência exigida, o falecido, na data do óbito, não havia implementado o requisito etário necessário à percepção do benefício de aposentadoria por idade (65 anos), vez que faleceu aos 62 anos de idade.

Ambos os requisitos devem estar preenchidos, não sendo suficiente o cumprimento de apenas um deles.

Confirmam-se:

PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO - IDADE INFERIOR AO EXIGIDO POR LEI - 1. Esta Corte consolidou o entendimento de que para haver a concessão de pensão por morte, o segurado falecido, na época do óbito, deve reunir a qualidade de segurado e reunir os demais requisitos para a concessão de aposentadoria previdenciária.

2. Ausente o suporte fático necessário para a concessão de aposentadoria previdenciária porque ausente a idade mínima para a aposentação prevista no art. 48 da Lei de Benefícios, nega-se a concessão de pensão por morte dela decorrente, nos termos do art.

102, § 2º, da Lei 8.213/91.

3. Recurso especial provido com inversão da sucumbência.

(REsp 1305621/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 29/10/2012);

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE INDEVIDA. FALECIDO QUE HAVIA PERDIDO A CONDIÇÃO DE SEGURADO NA DATA DO ÓBITO E NÃO HAVIA PREENCHIDO OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Tendo o falecido, à data do óbito, perdido a condição de segurado e não tendo implementado os requisitos necessários para o recebimento de aposentadoria, como no caso dos autos, seus dependentes não fazem jus à concessão de pensão por morte.

2. Agravo Regimental desprovido.

(STJ, 5ª Turma, AGA 200800215290, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 20/04/2010, DJ 17/05/2010);

PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO.

Para ocorrer a possibilidade de percepção da pensão por morte, deve haver o preenchimento dos requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ao segurado, a teor do que dispõe o art. 102 da Lei 8.213/91.

Não se enquadrando o *de cujus* como segurado à época da morte, nem sido preenchidos os requisitos legais, descabe cogitar o recebimento de pensão por morte, por não possuir aquele o direito de transmitir o benefício a seus dependentes.

Embargos acolhidos, com a atribuição de efeito infringente.

(EDcl no AgRg no REsp 611.168/PB, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 353);

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, §1º, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I - Não há nos autos documentos a indicar a existência de vínculo empregatício ou comproba-

tórios do exercício de atividade remunerada após o término do último contrato de trabalho do finado, não tendo sido carreadas, ainda, guias de recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes ao período correspondente, infirmando, assim, a figura do contribuinte individual, a teor do art. 11, V, da Lei nº 8.213/91.

II - Tampouco foi apresentado qualquer elemento a revelar a presença de enfermidade (atestado médico, exames laboratoriais, internações hospitalares e etc.) que tivesse tornado o falecido incapacitado para o trabalho no período compreendido entre a data do desligamento do último vínculo empregatício e a data do óbito. De igual forma, computando-se o tempo de serviço cumprido pelo falecido, verifica-se que não satisfaz o tempo mínimo correspondente a 30 anos, na forma prevista no art. 52 da Lei nº 8.213/91. Ademais, *o finado faleceu com 59 anos de idade, não atingindo, assim, o requisito etário necessário para a concessão do benefício de aposentadoria por idade.* (g.n.)

III - Considerando que entre o termo final do último vínculo empregatício do finado e a data de seu óbito transcorreram mais de 36 meses, de modo a suplantar o período de “graça” previsto no art. 15 e incisos, da Lei nº 8.213/91, é de rigor reconhecer a perda da qualidade de segurado do de cujus.

IV - O E. STJ, ao apreciar recurso especial representativo de controvérsia, na forma prevista no art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que a manutenção da qualidade de segurado do falecido é indispensável para a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes, excepcionando-se essa condição somente nas hipóteses em que o aquele preencheu em vida os requisitos necessários para a concessão de uma das espécies de aposentadoria, o que não se verificou no caso vertente.

V - Agravo interposto pela parte autora, na forma do art. 557, §1º, do CPC, desprovido. (TRF3, AC 0011449-18.2014.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/08/2014)

Posto isto, em Juízo de Retratação, reformo o v. acórdão de fls. 94/97 para dar provimento ao agravo legal interposto pela autarquia, mantendo a r. sentença que julgou improcedente o pedido.

De outra parte, restou pacificado pelo e. Supremo Tribunal Federal, ser desnecessária a restituição dos valores recebidos de boa fé, devido ao seu caráter alimentar, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE CONSIDEROU ILEGAL APOSENTADORIA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE VALORES. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS DE PROFESSOR. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. UTILIZAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGENS EM DUPLICIDADE (ARTS. 62 E 193 DA LEI Nº 8.112/90). MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. INOCORRÊNCIA DE DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO DIREITO ADQUIRIDO. 1. A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva. 2. O § 2º do art. 193 da Lei nº 8.112/1990 veda a utilização cumulativa do tempo de exercício de função ou cargo comissionado para assegurar a incorporação de quintos nos proventos do servidor (art. 62 da Lei nº 8.112/1990) e para viabilizar a percepção da gratificação de função em sua aposentadoria (art. 193, *caput*, da Lei nº 8.112/1990). É inadmissível a incorporação de vantagens sob o mesmo fundamento, ainda que em cargos públicos diversos. 3. O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao

erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que, no exercício da competência que lhe foi atribuída pelo art. 71, inc. III, da Constituição da República, o Tribunal de Contas da União cumpre os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando garante ao interessado - como se deu na espécie - os recursos inerentes à sua defesa plena. 5. Ato administrativo complexo, a aposentadoria do servidor, somente se torna ato perfeito e acabado após seu exame e registro pelo Tribunal de Contas da União. 6. Segurança parcialmente concedida.

(STF, MS 26085, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-02 PP-00269 RTJ VOL-00204-03 PP-01165).

Ainda, no julgamento do RE 587.371, o Pleno do STF ressaltou, conforme excerto do voto do Ministro Relator: "... 2) preservados, no entanto, os valores da incorporação já percebidos pelo recorrido, em respeito ao princípio da boa-fé,...)", (STF, RE 587371, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2013, acórdão eletrônico Repercussão Geral - Mérito, DJe-122 divulg 23.06.2014, public 24.06.2014).

E, mais recentemente, o Pleno do STF, ao julgar o RE 638115 (acórdão não publicado), novamente decidiu pela irrepetibilidade dos valores recebidos de boa fé, conforme a ata de julgamento de 23.03.2015, abaixo transcrita:

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 395 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário, vencidos os Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Cármem Lúcia e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Luiz Fux, Cármem Lúcia e Celso de Mello. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão para desobrigar a devolução dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores até esta data, nos termos do voto do relator, cessada a ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.03.2015.

Não há prova nos autos de que tenha havido má-fé por parte da autora.

Assim, diante da situação fática acima descrita, não verificada a má- fé da autora, não há que se falar em restituição dos valores recebidos por força de tutela antecipada.

Por fim, determino o restabelecimento do benefício de amparo social ao idoso de que era a autora titular, cessado quando da implantação do benefício de pensão por morte.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0001931-89.2009.4.03.6115

(2009.61.15.001931-6)

Agravantes: UNIÃO FEDERAL E OUTRAS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 2227/2238 E 2319/2321

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apeladas: UNIÃO FEDERAL E OUTRAS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AC 1996689

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2015

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVOS LEGAIS. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. PAS. ART. 36 DA LEI Nº 4870/1965. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF. RECEPÇÃO PELA CF/88. POSSIBILIDADE DE A ALÍQUOTA RECAIR SOBRE O PREÇO ATUALMENTE PRATICADO, ANTE A AUSÊNCIA DE “PREÇO OFICIAL”. NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO POR PARTE DA UNIÃO. ARTIGOS 38 E 42 DA LEI Nº 12.865/2013. CARÊNCIA SUPERVENIENTE E PARCIAL DO INTERESSE DE AGIR DO MPF. PERSISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO PREVISTA NA ALÍNEA “B” DO ART. 36 DA LEI Nº 4.870/1965, NO QUE SE REFERE AO PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 12.865/2013. RESPONSABILIDADE DAS USINAS, E NÃO APENAS DOS PRODUTORES DE CANA-DE-AÇUCAR, PELO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO.

1. Era plenamente cabível a Decisão Monocrática na hipótese dos autos, pois, segundo o art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito.

2. É de se destacar a legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura de Ação Civil Pública concernente à matéria em questão, já que a finalidade do PAS (Programa de Assistência Social) é beneficiar categoria determinada de trabalhadores, os quais compartilham de relação jurídica travada com os agentes econômicos que atuam no setor sucroalcooleiro, de modo que se trata de típico interesse coletivo, nos termos do que prevê o art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor.

3. Operou-se a carência superveniente e parcial do interesse de agir do Ministério Público Federal no que concerne à exigência das obrigações previstas nas alíneas “a” e “c” do *caput* do art. 36 da Lei no 4.870/1965, tendo em vista o disposto no art. 38 da Lei nº 12.865/2013. Persiste, contudo, a obrigação de pagamento da quantia referida na alínea “b” do art. 36 da Lei no 4.870/1965, no que se refere ao período anterior à edição da Lei nº 12.865/2013 (inteligência dos artigos 38 e 42 da Lei nº 12.865/2013).

4. Os dispositivos dos artigos 35 e 36 da Lei 4.870/1965 foram plenamente recepcionados pela Constituição Federal de 1988, já que seu escopo é atender, nos casos concretos, o princípio da dignidade humana, do direito à saúde, bem como à obrigação de prestar a assistência social a quem dela necessitar, princípios estes garantidos pela Constituição, independentemente de contribuição à seguridade social. A própria Lei nº 8.212/1991 menciona, em seu art. 28, § 9º, alínea “o”, as parcelas destinadas à

assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965, o que contraria a alegação de que tal dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

5. O fato de não mais existir preço oficial para açúcar, cana ou álcool também não é suficiente para afastar a procedência do pedido formulado na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, pois, na ausência de fixação de preço pelo governo (preço oficial), nada impede que a alíquota prevista no art. 36 da Lei 4.870/65 recaia sobre o preço atualmente praticado.

6. O fato de o IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool) ter sido extinto não torna o pedido juridicamente impossível. Sendo a União coordenadora do PAS (art. 37 da Lei 2870/1965) e sucessora do IAA, não resta dúvida de que deve ser atribuída à Administração Pública Direta, isto é, à União, a responsabilidade pela fiscalização da implementação do aludido Programa.

7. Em nenhum momento se afrontou o disposto no artigo 204 da Constituição Federal, o qual dispõe que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes. O dispositivo acima mencionado trata apenas das fontes de custeio das ações governamentais na área da assistência social. Todavia, como disciplinado no artigo 194, *caput*, da Constituição Federal, a seguridade social, que engloba a assistência social, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade. Desse modo, os programas destinados à assistência social não se esgotam nas políticas governamentais, impondo um vínculo obrigacional de solidariedade a toda sociedade.

8. As ações relativas ao Programa de Assistência Social previstas pela Lei nº 4.870/1965 não se traduzem em simples obrigação tributária, de modo que não estão albergadas pela disciplina jurídica do artigo 195 da Constituição Federal. Referido programa consiste em obrigação de fazer, de responsabilidade da agroindústria canavieira, não podendo ser reduzido ao financiamento da seguridade social mediante o recolhimento de contribuições sociais, já que impõe a consecução concreta de Programa de Assistência Social em favor dos trabalhadores desse segmento econômico.

9. O art. 36, “b”, § 2º, da Lei 4.870/1965 é claro ao impor à Usina a obrigatoriedade de descontar/recolher o percentual de 1% (um por cento) sobre o preço da tonelada de cana de açúcar entregue pelos seus produtores. Portanto, mesmo tendo a Usina optado por terceirizar a produção da matéria prima (cana-de-açúcar), mediante contrato de fornecimento celebrado entre ela e os produtores rurais, continua sendo da Usina (e não apenas apenas dos produtores) a obrigação de recolher/reter os valores relativos à aplicação do PAS, bem como de elaborar/executar o Plano de Assistência Social. Todos os integrantes da cadeia produtiva são solidariamente responsáveis pelo cumprimento da obrigação prevista no art. 36 da Lei no 4.870/1965. Assim, o pagamento e a apresentação do Plano de Assistência Social - PAS podem ser exigidos, indistintamente, tanto do fornecedor da cana quanto da Usina, já que ambos integram a cadeia de produção. Quanto a eventual “duplicidade” ou “direito de regresso”, esta é questão a ser resolvida entre as partes, por meio das vias adequadas.

10. A hipótese dos autos é de atuação vinculada da Administração, em que não há margem para análise de conveniência e oportunidade, de modo que o papel do julgador, ao determinar que a União fiscalizasse a aplicação dos recursos do PAS foi, simplesmente, o de restaurar a ordem jurídica, tendo o agido dentro dos limites da

legalidade a que se restringe a atuação do Poder Judiciário.

11. É perfeitamente cabível a cominação de astreintes como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer, até mesmo contra a Fazenda Pública (inteligência do art. 461, § 4º, do CPC).

12. Quanto à alegação de que a Decisão agravada seria “extra petita”, consigno que a condenação ao pagamento da quantia referida na alínea “b” do art. 36 da Lei nº 4.870/1965 não extrapolou os limites do pedido inicial, já que a petição inicial desta Ação Civil Pública descreve com clareza o pedido de que as Usinas rés depositassem mensalmente os valores referentes a “1% (um por cento) do total da cana-de-açúcar produzida e comercializada” (fl. 123), bem como de que elaborassem Plano de Assistência Social (PAS) e aplicassem as quantias devidas na forma prevista na legislação (fl. 125). Portanto, não merece prosperar a alegação de que o pedido formulado pelo MPF teria se referido apenas às obrigações previstas nas alíneas “a” e “c” do art. 36 da Lei nº 4.870/1965, até porque, conforme se asseverou, a obrigação referente à alínea “b” do mesmo dispositivo legal deve ser exigida das Usinas, e não apenas dos produtores da cana.

13. Agravos Legais aos quais se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos Agravos Legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de julho de 2015.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Foram interpostos Agravos Legais pela FERRARI AGROINDÚSTRIA S.A. (fls. 2241/2249), pela COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (fls. 2250/2254), pela ABENGOA BIOENERGIA AGROINDÚSTRIA LTDA (fls. 2306/2310), pela USINA IPIRANGA DE AÇUCAR E ÁLCOOL S.A. (fls. 2324/2328) e pela UNIÃO (fls. 2311/2316), com fulcro no artigo 557, § 1º, do CPC, em face da Decisão Monocrática (fls. 2227/2238 e 2319/2321) por meio da qual se deu parcial provimento à Apelação do MPF, a fim de se determinar: a) a manutenção da obrigação de pagamento da quantia referida na alínea “b” do art. 36 da Lei no 4.870/1965, no que se refere ao período anterior à edição da Lei nº 12.865/2013; b) às Usinas rés que apresentem Plano de Assistência Social - PAS ao Ministério da Agricultura, com previsão de prestação de serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social aos seus trabalhadores industriais e agrícolas; c) à UNIÃO que proceda à efetiva fiscalização da aplicação dos recursos e do respectivo PAS.

A FERRARI AGROINDÚSTRIA S.A. (fls. 2241/2249) alega, em síntese, que, com relação aos recursos de que trata a alínea “b” do art. 36 da Lei nº 4875/65, apenas os fornecedores de cana (e não a Usina) é que teriam obrigação de elaborar/executar o Plano de Assistência

Social (fls. 2242/2245). Afirma que o pedido formulado pelo MPF nesta Ação Civil Pública se referiu apenas às obrigações previstas nas alíneas “a” e “c” do art. 36 da Lei nº 4.870/1965, tendo em vista que o pleito se dirigiu apenas às unidades industriais produtoras de açúcar e álcool (e não aos produtores de cana)-fls. 2246/2247, sendo que a obrigação referente à alínea “b” do mesmo dispositivo legal seria “exclusiva dos fornecedores de cana que a produziam para vendê-la às unidades industriais” (fl. 2247).

A COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (fls. 2250/2254) alega, em síntese, que a “única (suposta) obrigação das usinas, quando do pagamento dos fornecedores de cana, seria no sentido de descontar o percentual de 1% do valor a eles devido” (fl. 2254), de modo que a efetiva prestação assistencial “cabia aos próprios fornecedores de cana, por intermédio de suas associações” (fl. 2254). Afirma que qualquer exigência relativa à alínea “b” do art. 36 da Lei nº 4.870/1965 somente poderia ser formalizada “em face dos próprios fornecedores, que receberam integralmente o preço contratado na aquisição de cana” (fl. 2254). Aduz que o processo deve ser extinto, uma vez que os fornecedores de cana não figuraram como réus (fl. 2256). Além disso, alega “impossibilidade de cominação de multa” (fl. 2258), “ilegitimidade ativa do MPF” (fl. 2258), “inadequação da via eleita” (fl. 2259), “não recepção do art. 36 da Lei nº 4.870/65 pela Constituição de 1988” (fl. 2259), “violação aos arts. 194, V e 204, *caput* e II, da CF/88” (fl. 2261) e “impossibilidade de extensão do conceito de preço oficial” (fl. 2262).

A ABENGOA BIOENERGIA AGROINDÚSTRIA LTDA (fls. 2306/2310) alega, em síntese, impossibilidade, no caso, do manejo do art. 557, do CPC (fl. 2307 v.), “ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal” (fl. 2308) e “inadequação da via eleita” (fl. 2308). Afirma que a Decisão agravada seria *extra petita* (fl. 2307 v.), pois teria extrapolado os limites do pedido inicial ao condenar a apelada à obrigação de pagamento da quantia referida na alínea “b” do art. 36 da Lei nº 4.870/1965 (fl. 2307 v.). Alega ilegitimidade passiva, uma vez que “a obrigação da alínea b tinha como sujeito passivo os fornecedores de cana, cabendo às usinas apenas o dever de reter dos pagamentos efetuados”(fl. 2309). Aduz contrariedade ao disposto nos artigos 2º, 5º, *caput* e inc. II, 150, I, 154, I, 194, II, 195, *caput* e § 4º, 198, § 1º, 204 e 240 da Constituição Federal; artigos 3º e 97, I, do CTN; e artigos 1º “a” e “b” e “e”, 2º e 10º da Lei nº 8212/1991 (fl. 2310). Subsidiariamente, requer que as determinações não alcancem “período anterior à citação, nem a 10/10/2013 (advento da Lei 12.865/2013)” (fl. 2310 v.), que se retome a instrução processual, a fim de que a agravante possa comprovar a realização de medidas de assistência médica e social, bem como que seja assegurado à agravante o direito de regresso em face dos fornecedores da cana e/ou associações de classe (fl. 2310 v.).

A USINA IPIRANGA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL S.A. (fls. 2324/2328) alega, em síntese, que a Decisão agravada seria *extra petita*, uma vez que não teria havido pedido “visando o cumprimento de obrigação de pagar (...), mas apenas e tão somente a obrigação de fazer, que consistia na obrigação de elaborar o PAS relativo à safra presente e às futuras” (fl. 2326). Alega ilegitimidade passiva, uma vez que apenas os fornecedores de cana poderiam ocupar a posição de sujeito passivo dessa obrigação (fl. 2327). Aduz, ainda, ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, impossibilidade jurídica do pedido “de obrigar a União Federal promover a fiscalização” (fl. 2327), inexigibilidade da contribuição do PAS por ausência de regulamentação (fl. 2328) e falta de interesse processual em razão da suposta natureza tributária do PAS (fl. 2328).

A UNIÃO (fls. 2311/2316) alega, em síntese, que o processo deveria ter sido extinto por total carência superveniente do interesse de agir, tendo em vista a edição da Lei 12.865/13 (fls. 2311 v./2313 e 2316). Aduz que não mais existem os órgãos públicos que eram encarregados de fiscalizar a aplicação dos recursos do PAS, tais como o IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool),

bem como que não se pode admitir a substituição da base de cálculo fixada em lei (preço oficial) pelo preço de mercado (fls. 2313 v./2314 v.). Afirma que não há regulamentação a respeito da estrutura administrativa necessária ao exercício da atividade fiscalizatória, de modo que não se poderia falar em ilegalidade pela ausência de fiscalização do PAS por parte da União.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Primeiramente, ressalto que era plenamente cabível a prolação de Decisão Monocrática na hipótese dos autos, pois, segundo o art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito.

A existência de jurisprudência nos Tribunais, ou nos Tribunais Superiores, já é suficiente:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. CABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ATIVO OU INATIVO. TETO REMUNERATÓRIO. EC Nº 41/2003. ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTO-APLICABILIDADE. VANTAGEM PESSOAL. INCLUSÃO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil, o relator pode, singularmente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada. Essa nova sistemática teve como escopo desafogar as pautas dos tribunais, possibilitando, assim, maior rapidez nos julgamentos que de fato necessitem de apreciação do órgão colegiado. [...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no RMS 25.455/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21.10.2008, DJE 10.11.2008)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL (PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CSSL. IMPOSTO DE RENDA. PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITES DA COMPENSAÇÃO. LEI 8.981/95. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL.). OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO INTUITO INFRINGENTE.

1. O inconformismo que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisum não há como prosperar, porquanto inócurrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do artigo 535, do CPC.

2. 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.

3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o decisum recorrido assentou-se nos seguintes fundamentos: 1. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (redação dada pela Lei 9.756/98). 2. Deveras, a decisão monocrática adotável em prol da efe-

tividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem infirma essa garantia, porquanto a colegialidade e a fortiori o duplo grau restaram mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1005315/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.11.2008, DJE 17.12.2008)

A controvérsia travada nos autos diz respeito às disposições do artigo 36 da Lei 4.870, de 01.12.1965, cuja finalidade, segundo o Ministério Público Federal, seria a de promover assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social à categoria de trabalhadores da agroindústria de cana-de-açúcar, considerando a precariedade das condições de trabalho a que estes se submetem:

Art. 36. Ficam os produtores de cana, açúcar e álcool obrigados a aplicar, em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores, em serviços de assistências médica, hospitalar, farmacêutica e social, importância correspondente no mínimo, às seguintes percentagens:

- a) de 1% (um por cento) sobre preço oficial de saco de açúcar de 60 (sessenta) quilos, de qualquer tipo, revogado o disposto no art. 8º do Decreto-lei nº 9.827, de 10 de setembro de 1946;
- b) de 1% (um por cento) sobre o valor oficial da tonelada de cana entregue, a qualquer título, às usinas, destilarias anexas ou autônomas, pelos fornecedores ou lavradores da referida matéria;
- c) de 2% (dois por cento) sobre o valor oficial do litro de álcool de qualquer tipo produzido nas destilarias.

§ 1º Os recursos previstos neste artigo serão aplicados diretamente pelas usinas, destilarias e fornecedores de cana, individualmente ou através das respectivas associações de classe, mediante plano de sua iniciativa, submetido à aprovação e fiscalização do I.A.A.

§ 2º Ficam as usinas obrigadas a descontar e recolher, até o dia 15 do mês seguinte, a taxa de que trata a alínea “b” deste artigo, depositando seu produto em conta vinculada, em estabelecimento indicado pelo órgão específico da classe dos fornecedores e à ordem do mesmo. O descumprimento desta obrigação acarretará a multa de 50% (cinquenta por cento) da importância retida, até o prazo de 30 (trinta) dias, e mais 20% (vinte por cento) sobre aquela importância, por mês excedente.

§ 3º A falta de aplicação total ou parcial, dos recursos previstos neste artigo, sujeita o infrator à multa equivalente ao dobro da importância que tiver deixado de aplicar.

Observa-se que, diante de fato superveniente, vale dizer, diante da expressa determinação legal (art. 38 e 42 da Lei nº 12.865/2013) de extinção de todas as obrigações, inclusive aquelas anteriores à data de publicação da Lei, exigidas com fundamento nas alíneas “a” e “c” do *caput* do art. 36 da Lei no 4.870/1965 (preservadas aquelas já adimplidas), impôs-se o reconhecimento da ocorrência, no presente caso, de carência superveniente e parcial do interesse de agir do Ministério Público Federal nos autos desta Ação Civil Pública. Parcial porque, tendo havido revogação das obrigações exigidas com fulcro nas alíneas “a” e “c” do *caput* do art. 36 da Lei no 4.870/1965, inclusive daquelas anteriores à data de publicação da Lei, só restaria interesse de agir em relação à obrigação exigida com fulcro na alínea “b” do *caput* do art. 36 da Lei no 4.870/1965, a qual ainda remanesce *no que se refere ao período anterior à edição da Lei nº 12.865/2013*.

É certo que o art. 42 da Lei nº 12.865/2013 revoga o art. 36 da Lei no 4.870/1965 por inteiro. Contudo, tal disposição somente é aplicável para fatos ocorridos a partir da vigência da Lei nº 12.865/2013. Com relação aos fatos anteriores à data de publicação dessa Lei, o art.

38 é claro no sentido de que apenas devem ser extintas aquelas obrigações exigidas com fulcro nas alíneas “a” e “c” do *caput* do art. 36 da Lei no 4.870/1965.

Remanesce, portanto, a obrigação de aplicar em benefício dos trabalhadores a percentagem de 1% (um por cento) sobre o valor oficial da tonelada de cana entregue, a qualquer título, às usinas, destilarias anexas ou autônomas, pelos fornecedores ou lavradores da referida matéria.

Em suma, impõe-se a obrigação de pagamento da quantia referida na alínea “b” do art. 36 da Lei no 4.870/1965, a qual persiste *no que se refere ao período anterior à edição da Lei nº 12.865/2013*.

A obrigação prevista na Lei nº 4.870/1965 consiste na implantação, mediante a aplicação de determinados valores, de programa assistencial elaborado pelos próprios produtores de cana, açúcar e álcool. Assim, a lei acima mencionada não instituiu tributo, seja na forma de imposto ou taxa, mas sim obrigação de fazer consistente na implementação de programa de assistência social aos trabalhadores da agroindústria canavieira, nos termos do artigo 35 da Lei nº 4.870/1965. Portanto, os dispositivos dos artigos 35 e 36 da Lei 4.870/1965 foram plenamente recepcionados pela Constituição Federal de 1988, já que seu escopo é atender, nos casos concretos, o princípio da dignidade humana, do direito à saúde, bem como à obrigação de prestar a assistência social a quem dela necessitar, princípios estes garantidos pela Constituição, independentemente de contribuição à seguridade social. A obrigação dos produtores de cana, açúcar e álcool de aplicarem uma porcentagem da receita em benefício dos trabalhadores deriva do princípio da solidariedade, o qual orienta o Sistema da Seguridade Social.

Cabe mencionar que a própria Lei nº 8.212/1991 menciona, em seu art. 28, § 9º, alínea “o”, as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965, o que contraria a alegação de que tal dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Atente-se, ainda, que o fato de não mais existir preço oficial para açúcar, cana ou álcool também não é suficiente para afastar a procedência do pedido formulado na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, pois, na ausência de fixação de preço pelo governo (preço oficial), nada impede que a alíquota prevista no art. 36 da Lei 4.870/65 recaia sobre o preço atualmente praticado.

O fato de o IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool) ter sido extinto não torna o pedido juridicamente impossível. Sendo a União coordenadora do PAS (vide art. 37 da Lei 2870/1965) e sucessora do IAA, não resta dúvida de que deve ser atribuída à Administração Pública Direta, isto é, à União, a responsabilidade pela fiscalização da implementação do aludido Programa.

Ademais, em nenhum momento se afrontou o disposto no artigo 204 da Constituição Federal, o qual dispõe que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes. O dispositivo acima mencionado trata apenas das fontes de custeio das ações governamentais na área da assistência social. Todavia, como disciplinado no artigo 194, *caput*, da Constituição Federal, a seguridade social, que engloba a assistência social, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade. Desse modo, os programas destinados à assistência social não se esgotam nas políticas governamentais, impondo um vínculo obrigacional de solidariedade a toda sociedade.

Por outro lado, as ações relativas ao Programa de Assistência Social previstas pela Lei nº 4.870/1965 não se traduzem em simples obrigação tributária, de modo que não estão albergadas pela disciplina jurídica do artigo 195 da Constituição Federal. Referido programa consiste em obrigação de fazer, de responsabilidade da agroindústria canavieira, não podendo

ser reduzido ao financiamento da seguridade social mediante o recolhimento de contribuições sociais, já que impõe a consecução concreta de Programa de Assistência Social em favor dos trabalhadores desse segmento econômico.

A principal alegação das ora agravantes foi a de que apenas os produtores rurais fornecedores da cana de açúcar (e não as Usinas) é que teriam legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que, com relação aos recursos de que trata a alínea “b” do art. 36 da Lei nº 4875/65, apenas eles é que teriam obrigação de elaborar/executar o Plano de Assistência Social.

Contudo, tal afirmação não merece prosperar, já que o art. 36, “b”, § 2º, da Lei 4.870/1965 é claro ao impor à Usina a obrigatoriedade de descontar/recolher o percentual de 1% (um por cento) sobre o preço da tonelada de cana de açúcar entregue pelos seus produtores. Portanto, mesmo tendo a Usina optado por terceirizar a produção da matéria prima (cana-de-açúcar), mediante contrato de fornecimento celebrado entre ela e os produtores rurais, continua sendo da Usina (e não apenas dos produtores) a obrigação de recolher/reter os valores relativos à aplicação do PAS, bem como de elaborar/executar o Plano de Assistência Social.

Reputo que todos os integrantes da cadeia produtiva são solidariamente responsáveis pelo cumprimento da obrigação prevista no art. 36 da Lei no 4.870/1965. Assim, o pagamento e a apresentação do Plano de Assistência Social - PAS podem ser exigidos, indistintamente, tanto do fornecedor da cana quanto da Usina, já que ambos integram a cadeia de produção. Quanto a eventual “duplicidade” ou “direito de regresso”, esta é questão a ser resolvida entre as partes, por meio das vias adequadas.

A despeito do que a COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, a ABENGOA BIOENERGIA AGROINDÚSTRIA LTDA e a USINA IPIRANGA DE AÇUCAR E ÁLCOOL S.A. afirmaram às fls. 2258, 2308 e 2327, é de se destacar a legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura de Ação Civil Pública concernente à matéria em questão, já que a finalidade do PAS (Programa de Assistência Social) é beneficiar categoria determinada de trabalhadores, os quais compartilham de relação jurídica travada com os agentes econômicos que atuam no setor sucroalcooleiro, de modo que se trata de típico interesse coletivo, nos termos do que prevê o art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor.

A respeito do tema, confira-se o seguinte julgado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF. PAS. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 36 DA LEI 4.870/65. CONSTITUCIONALIDADE. ATRIBUIÇÃO FISCALIZATÓRIA DA UNIÃO FEDERAL.

1. O PAS, Plano de Assistência Social é um direito social da categoria de trabalhadores da agroindústria da cana-de-açúcar. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal para defesa dos interesses coletivos, com fundamento no art. 129, *caput* e inciso III da Constituição Federal, art. 81, parágrafo único e inciso II da Lei nº 8.078/90 e art. 6º, VII, letra “d” da Lei Complementar nº 75/93.
2. O meio processual utilizado é adequado para veicular o pedido e a causa de pedir, tendo em vista que, em essência, objetiva-se sejam as rés compelidas a executar obrigação de fazer consubstanciada na efetivação de direito de natureza coletiva previsto expressamente em texto legal.
3. De rigor, ainda, o não-acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido uma vez que o pedido deduzido não é vedado pelo ordenamento jurídico, pelo contrário, é por ele admitido.
4. O PAS foi instituído na Lei nº 4.870/65 e o art. 36 determinou aos produtores de cana, açúcar e álcool a aplicação de recursos em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas

das usinas, destilarias e fornecedores, em serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social. A fiscalização quanto à aplicação dos recursos competia ao IAA, Instituto do Açúcar e Alcool.

5. O dispositivo do art. 36 da Lei 4.870/65, em decorrência do seu escopo, foi plenamente recepcionado pela Carta Magna em vigor, representando implemento ao desenvolvimento e à dignidade da pessoa humana.

6. Extinto o IAA por força da Lei nº 8.029/1990, o planejamento e exercício da ação governamental das atividades do setor agroindustrial canavieiro percorreu vários Ministérios até chegar à esfera de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), por força do art. 27, I, “p”, da Lei nº 10.683/2003 e art. 1º, XV, da Estrutura Regimental do MAPA, aprovada pelo Decreto nº 5.351/2005.

7. Obrigação de fazer imposta às empresas do setor sucroalcooleiro de aplicar recursos para o PAS, que não tem natureza tributária e objetiva assegurar a observância do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais.

8. Contrato de parceria firmado que não tem o condão de afastar a exigência legalmente imposta relativamente à necessidade das empresas do setor sucroalcooleiro com relação à implantação e recolhimento de recursos ao PAS. Também não está claro diante da análise do contrato de parceria ter a empresa ré deixado de exercer a agricultura da cana. Afastada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido. (grifei)

(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AC 200561020135281, Julg. 06.08.2009, v.u., Rel. Mairan Maia, DJF3 CJ1 Data:24.08.2009 Página: 433)

A UNIÃO alegou que não há regulamentação a respeito da estrutura administrativa necessária ao exercício da atividade fiscalizatória, de modo que não se poderia falar em ilegalidade pela ausência de fiscalização do PAS por parte da União.

A esse respeito, consigno que é sabido que a discricionariedade administrativa permite ao administrador que, na multiplicidade de situações fáticas, escolha, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. Contudo, a hipótese dos autos é de atuação vinculada da Administração, em que não há margem para análise de conveniência e oportunidade, de modo que o papel do julgador, ao determinar que a União fiscalizasse a aplicação dos recursos do PAS foi, simplesmente, o de restaurar a ordem jurídica, tendo o agido dentro dos limites da legalidade a que se restringe a atuação do Poder Judiciário.

Válida, nesse passo, a menção do seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. RODOVIAS FEDERAIS. CRONOGRAMA DE RESTAURAÇÃO. SINALIZAÇÃO. VINCULAÇÃO.

I - A intervenção do Judiciário em questões administrativas é cabível apenas em áreas alheias à margem de discricionariedade do administrador, aquele legitimado ao juízo de oportunidade e conveniência quanto à atuação da Administração, em que se considera os recursos disponíveis, normalmente escassos, e as inúmeras necessidades. Tais áreas de intervenção admissível são, justamente, as de competência vinculada, em que a conduta da Administração é ditada pelo ordenamento jurídico e pelas normas, regras ou princípios, que o compõem.

II - Considerando que a segurança e a saúde dos administrados e usuários de rodovias, bem como a integridade do patrimônio público que representam, são valores jurídicos tutelados pelo ordenamento, é de se concluir que atos tendentes a fragilizá-los ou vulnerá-los violam o sistema e extrapolam a discricionariedade. Assim, a apresentação de cronograma de conservação e/ou restauração e a regularização da sinalização, vertical e horizontal, das rodovias em debate, em sendo determinadas pelo Judiciário, são medidas que buscam corrigir desvio

de conduta vinculada esperada da Administração. O inaceitável é que o juiz venha a exigir da Administração a restauração deste ou daquele trecho, fazendo as vezes do administrador; tal só se admite em casos em que o estado de conservação exponha os usuários das rodovias, notória e indubitavelmente, a riscos de vida. Precedente: Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.056347-4/RS, Relator Desembargador Valdemar Capeletti, Quarta Turma, acórdão publicado em 15/10/2003.

(TRF 4ª Região, Quarta Turma, AG 200304010039364, Julg. 01.12.2003, Rel. Edgard Antônio Lippmann Júnior, DJ 18.02.2004 Página: 569)

A atividade fiscalizatória da aplicação dos recursos do PAS, por parte da União, é medida que se impõe, já que se trata de hipótese de atuação vinculada, em que a conduta da Administração é ditada pelo ordenamento jurídico e pelas normas, regras ou princípios que o compõem, de modo que não há margem para discricionariedade, isto é, para análise de conveniência e oportunidade.

Por meio da Decisão ora agravada, estipulou-se prazo para cumprimento das determinações, sob pena de fixação de multa diária. A despeito de a COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO ter alegado “impossibilidade de cominação de multa” (fl. 2258), reputo ser perfeitamente cabível a cominação de astreintes como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer, até mesmo contra a Fazenda Pública (inteligência do art. 461, § 4º, do CPC).

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CIVIL. PENSÃO POR MORTE. GENITORA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. OBRIGAÇÕES DE FAZER E ENTREGAR COISA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO, INCLUSIVE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. (...)

4. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC).

5. Agravo Regimental não provido.

(STJ, Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - 1326439, Julg. 07.10.2010, Rel. Herman Benjamin, DJE Data:02.02.2011)

Atente-se que, até o momento, esta multa diária sequer foi fixada, não havendo, portanto, interesse da parte em impugná-la. Consigno, contudo, ser possível, nos termos do art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil, haver, eventualmente, redução quando a multa se mostrar excessiva. Inclusive, o comportamento do destinatário da ordem é algo a ser considerado pelo juiz no dimensionamento do valor da multa, mesmo após a sua instituição.

Quanto à alegação de que a Decisão agravada seria *extra petita*, consigno que a condenação ao pagamento da quantia referida na alínea “b” do art. 36 da Lei nº 4.870/1965 não extrapolou os limites do pedido inicial, já que a petição inicial desta Ação Civil Pública descreve com clareza o pedido de que as Usinas rés depositassem mensalmente os valores referentes a “1% (um por cento) do total da cana-de-açúcar produzida e comercializada” (fl. 123), bem como de que elaborassem Plano de Assistência Social (PAS) e aplicassem as quantias devidas na forma prevista na legislação (fl. 125). Portanto, não merece prosperar a alegação de que o pedido formulado pelo MPF teria se referido apenas às obrigações previstas nas alíneas “a” e “c” do art. 36 da Lei nº 4.870/1965, até porque, conforme se asseverou, a obrigação referente

à alínea “b” do mesmo dispositivo legal deve ser exigida das Usinas, e não apenas dos fornecedores da cana.

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO aos Agravos Legais.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0011637-81.2009.4.03.6120
(2009.61.20.011637-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: SEBASTIÃO FERREIRA DOS SANTOS FILHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Classe do Processo: AC 1693265
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 543-C DO CPC. RESP 1.309.529/PR E RESP 1.326.114/SC. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/97, AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DESTA NORMA. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA RECONHECIDA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AGRAVO LEGAL PROVIDO.

1. Novo julgamento proferido em juízo de retratação, conforme previsto no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.
2. Restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 626.489/SE, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, nos julgamentos dos RESP nº 1.309.529/PR e nº 1.326.114/SC, o entendimento de que é legítima a instituição de prazo decadencial para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, conforme previsto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91 - na redação conferida pela MP nº 1.523/97 -, inclusive para atingir benefícios concedidos antes do advento da norma supracitada, por inexistir direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.
3. A ação, cujo objeto é a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, foi ajuizada após decorrido o prazo decenal instituído pela Medida Provisória nº 1.523/97, de modo que se operou a decadência do direito de pleitear o recálculo da renda mensal inicial do benefício.
4. Juízo de retratação exercido. Agravo legal provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, com fundamento no art. 543-C do CPC, em juízo de retratação, dar provimento ao agravo legal para reconhecer a decadência e julgar extinto o processo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de julho de 2015.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Trata-se de ação previdenciária objetivando a revisão da renda mensal inicial do benefício para inclusão dos valores dos 13º salários como salários de contribuição do período de base de cálculo (fls. 02/06).

A sentença julgou procedente o pedido (fls. 30/32).

O INSS apelou requerendo a reforma integral da sentença sob a alegação de que se operou a decadência do direito da parte autora à revisão do seu benefício (fls. 36/69).

Em julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do CPC, foi dado parcial provimento à apelação tão somente para alterar a fixação dos juros de mora (fls. 79/81).

O INSS interpôs agravo legal (fls. 84/93).

A Sétima Turma desta Corte, à unanimidade, negou provimento ao recurso (fls. 96/103).

O INSS opôs embargos de declaração (fls. 105/107).

A Sétima Turma desta Corte, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração (fls. 110/114).

O INSS interpôs Recurso Extraordinário (fls. 116/135) e Recurso Especial (fls. 136/146).

Em razão do decidido no RE nº 626.489/SE (DJe 23.09.2014) e nos RESP nº 1.309.5294/PR e 1.326.114/SC (DJe 13.05.2013), retornaram os autos conclusos nos termos do disposto no artigo 543-C do Código de Processo Civil.

É o relatório.

À mesa.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Tendo em vista a devolução dos autos em razão dos julgamentos do RE nº 626.489/SE (DJe 23.09.2014) - Repercussão Geral, e dos RESP nº 1.309.529/PR e nº 1.326.114/SC (DJe 13.05.2013) - Representativos de Controvérsia, que assentaram o entendimento de que é legítima a instituição de prazo decadencial para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, conforme previsto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91 - na redação conferida pela MP nº 1.523/97 -, inclusive para atingir benefícios concedidos antes do advento da norma supracitada, por inexistir direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência, passo ao reexame da matéria, *nesse ponto*, nos termos estabelecidos no art. 543-C, § 7º, II.

A questão restou definida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 626.489/SE, conforme ementa a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA.

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.

4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.

5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF, Pleno, RE nº 626.489 /SE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 16.10.2013, DJe 23.09.2014)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, definiu a questão por ocasião dos julgamentos dos RESP nº 1.309.529/PR e nº 1.326.114/SC (DJe 13.05.2013). Este último precedente restou assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA (RESPS 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PELO SEGURADO. DECADÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO ART. 103 DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/1997 AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DESTA NORMA. POSSIBILIDADE. TERMO A QUO. PUBLICAÇÃO DA ALTERAÇÃO LEGAL. MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O.U 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

2. Dispõe a redação supracitada do art. 103: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

SITUAÇÃO ANÁLOGA - ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL

3. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que “o prazo previsto na Lei nº 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei” (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 3.3.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 25.9.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14.11.2005.

O OBJETO DO PRAZO DECADENCIAL

4. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

5. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

6. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

7. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

RESOLUÇÃO DA TESE CONTROVERTIDA

8. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997).

9. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento - com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios - de que “o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)” (RESP 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

CASO CONCRETO

10. Concedido, *in casu*, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de rever ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

11. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(STJ, Primeira Seção, RESP nº 1.326.114/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28.11.2012, DJe 13.05.2013)

In casu, observa-se que o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição recebido pela parte autora foi concedido em 28/01/1994 (fl. 10). Assim, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 07/01/2010, decorreu o prazo decenal instituído pela Medida Provisória nº 1.523/97, de modo que se operou a decadência do seu direito de pleitear o recálculo da renda mensal inicial do benefício de que é titular.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da causa atualizado, observada a suspensão do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-C do CPC, DOU PROVIMENTO ao agravo legal, para reconhecer a decadência e julgar extinto o processo, com fundamento no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, retornem os autos à Vice-Presidência.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0040005-30.2009.4.03.0000
(2009.03.00.040005-2)

Autora: MARIA ANÁLIA DA SILVA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AR 7153
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/06/2015

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISO V. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DUPLICIDADE DE ACÓRDÃOS NO MESMO FEITO SUBJACENTE. DESCONSIDERAÇÃO DA SEGUNDA DECISÃO. INEXISTÊNCIA DO ATO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

- Questionamento referente à ocorrência de decadência que não se sustenta, ajuizada a ação rescisória dentro do biênio previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil.

- Cediço que “o inciso V do art. 485 do CPC alcança a norma de natureza processual” (Theotonio Negrão, Código de processo civil e legislação processual em vigor. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 623), e flexibilizada já a orientação de que a rescisória pressupõe, via de regra, sentença ou acórdão existentes, em situações outras igualmente desbordantes de seu domínio - como se dá com decisões *citra* e *extra petita*, justamente em razão da inexistência de provimento relativamente à pretensão não examinada -, extraíndo-se da petição inicial fundamento concernente a afronta ao comando previsto no artigo 463 do diploma processual, a hipótese acaba avançando, para além do decreto simples de desconstituição com fulcro no inciso V do artigo 485 do CPC, tamanha a gravidade do vício constatado, causa não somente de nulidade do ato, ao reconhecimento da própria inexistência jurídica do acórdão proferido em duplicidade.

- Por ofender a legislação processual, a prolação de nova decisão por parte da Turma Suplementar da 3ª Seção, em que promovida a cassação do acórdão anterior da 10ª Turma fora dos meios regulares cabíveis à espécie, limitados à interposição de recursos para os Tribunais Superiores, restando manifesto o equívoco na repetição do julgamento do apelo interposto pela segurada contra a sentença que dera pelo insucesso da demanda no processo subjacente, após a 10ª Turma ter se desincumbido de apreciá-lo, reformando a decisão de primeiro grau, pendentes embargos de declaração manejados pela autarquia, esse segundo acórdão prolatado não reúne condições de subsistência, sendo de rigor o reconhecimento de que se está a tratar de pronunciamento que se enquadra como ato inexistente.

- Impossibilidade de renovação da atividade decisória: consumação da jurisdição e exaurimento da competência no momento em que concluído o primeiro julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, quanto ao mérito, julgar procedente o pedido de rescisão, para, com fundamento no inciso V do artigo 485 do diploma processual, reconhecer a inexistência do segundo acórdão nos autos da Apelação Cível de reg. nº 2002.61.83.003445-0, prolatado pela Turma Suplementar da 3ª Seção, tornando sem efeito os atos dele decorrentes, e determinar o desarquivamento do aludido processo, a fim de que tenha regular prosseguimento o feito subjacente perante a 10ª Turma, procedendo-se lá à apreciação dos embargos de declaração opostos pelo INSS pendentes de decisão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de maio de 2015.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Rescisória proposta em 9.11.2009 com fulcro nos incisos V e IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, objetivando desconstituir acórdão da Turma Suplementar da 3ª Seção, transitado em 30.11.2007 (fl. 178), que, após julgamento realizado pela 10ª Turma desta Corte provendo recurso da autora para reconhecer a existência do direito à percepção de pensão por morte (fls. 146/153), sucedido de interposição de embargos de declaração pelo INSS (fls. 156/163), promoveu nova inclusão em pauta do feito subjacente e negou provimento à apelação interposta contra a sentença que julgara improcedente o pedido de concessão do aludido benefício (fls. 168/175).

Sustenta-se a nulidade do julgado rescindendo, por malferimento ao contido nos artigos 536 e 537 do diploma processual e à vista da incompetência do órgão julgador para reformar decisão da 10ª Turma, “que somente poderia ser revista através de recurso especial ou extraordinário, o que não ocorreu” (fl. 07).

Alega-se, também, a existência de violação a dispositivos constitucionais e de leis, decretos federais e enunciados, “que garantem para a Autora o recebimento do benefício de Pensão por Morte, independentemente da perda da qualidade de segurado do INSS, já que o óbito ocorreu na vigência da redação original da Lei 8.213/91” (fl. 10).

Aduz-se, ainda, a ocorrência de erro de fato pelo órgão julgador, “quando reconheceu no V. Acórdão que houve perda da qualidade de segurado da previdência social, o que não ocorreu no caso em debate, pois como já dito alhures o óbito ocorreu na vigência original da Lei Federal nº 8.213/91, antes de ser alterada pela Lei 9.528/97, que garantia a concessão do benefício de pensão por morte, independentemente da perda da qualidade de segurado” (fl. 11).

Refere-se, por fim, que “o V. Acórdão proferido pela Turma Suplementar da Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, divergiu ainda de Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e de outras turmas de Tribunais Regionais Federais da 2ª, 4ª e 5ª Região, que em casos semelhantes decidiram de forma diferente” (fl. 13).

Requer-se a procedência do pedido, com a “consequente RESCISÃO do V. Acórdão da Turma Suplementar da Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, man-

tendo o V. Acórdão proferido pela 10ª Turma deste Egrégio Tribunal ou quando não proferido novo julgamento do processo, deferindo definitivamente a concessão do benefício de Pensão por Morte para a autora, nos termos dos Artigos 16 inciso I, 74 e 102 da redação original da Lei Federal nº 8.213/91 e Decretos Federais Nºs 77.077/76, 83.080/79 e 89.312/84” (fl. 17).

Indeferido, às fls. 186/188, o pedido autoral de concessão de medida antecipatória urgente, nos seguintes termos:

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela encontra-se assim vazado: “Considerando que o V. Acórdão da Turma Suplementar da Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região violou direito líquido e certo da Requerente em receber o benefício de Pensão por Morte em face do falecimento de seu companheiro, requer nos termos do Artigo 273 do CPC, se digne V. Exa., conceder a TUTELA ANTECIPADA LIMINARMENTE, determinando que a Requerida proceda imediatamente a implantação e concessão do benefício de Pensão por Morte em favor da Autora até o julgamento definitivo da presente ação” (fl. 17).

Passo a decidir.

Defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50, conforme requerido na inicial, dispensando a autora do depósito a que alude o inciso II do artigo 488 do Código de Processo Civil.

O artigo 489 do Código de Processo Civil, na redação alterada pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, dispõe que “o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

Não se discute, a ação rescisória é medida excepcional, porque ataca a autoridade da coisa julgada material. Vale dizer, decisão que produziu eficácia completa, como se não fosse rescindível. Nada obstante, uma vez presentes os pressupostos, admite-se a suspensão dos efeitos da sentença ou acórdão.

Não é o que se tem na hipótese dos autos, em que a interpretação que se pretende conferir ao artigo 102 da Lei 8.213/91, em sua redação original – “A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios” -, restou superada, no âmbito da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, desde o julgamento pela 3ª Seção daquela Corte dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 524.006/MG, de relatoria da Exma. Ministra Laurita Vaz, DJ de 30 de março de 2005, reconhecendo-se, de forma unânime, que os dependentes do segurado, falecido após a perda desta condição, possuem direito ao recebimento de pensão por morte apenas se o de cujus já havia preenchido, antes da data do óbito, os pressupostos obrigatórios à obtenção de aposentadoria, situação não verificada *in casu*, já que o último vínculo empregatício encerrou-se em 10 de setembro de 1991 (fl. 62), e o passamento acabou se dando em 29 de março de 1996, aos 40 (quarenta) anos de idade (fl. 56).

Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. DE CUJUS. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA PENSÃO, NOS TERMOS DO ART. 102 DA LEI Nº 8.213/91, SE RESTAR COMPROVADO O ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA, ANTES DA DATA DO FALECIMENTO.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do de cujus que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento.

2. Embargos de divergência conhecidos, porém, rejeitados.”

No mesmo sentido, outras ementas recentes do Superior, ditando o direito a ser aplicado em casos tais:

“AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. MATÉRIA PACÍFICA.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão recorrida.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que a perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg nos EREsp 547.202/SP, 3ª Seção, rel. Ministro Paulo Gallotti, DJ 24.04.2006)

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PENSÃO POR MORTE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO.

Para ocorrer a possibilidade de percepção da pensão por morte, deve haver o preenchimento dos requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ao segurado, ao teor do que dispõe o art. 102 da Lei 8.213/91.

Não se enquadrando o de cujus como segurado à época da morte, nem sido preenchidos os requisitos legais, descabe cogitar o recebimento de pensão por morte, por não possuir aquele o direito de transmitir o benefício a seus dependentes.

Recurso desprovido.”

(REsp 718.881/RN, 5ª Turma, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 07.11.2005)

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. AFASTAMENTO. SÚMULA Nº 98/STJ. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 102 DA LEI Nº 8.213/91. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o tribunal *a quo* persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição arguidas como existentes no *decisum*.

2. Decidindo o Tribunal *a quo* as questões suscitadas, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão qualquer a ser suprida.

3. ‘Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório’ (Súmula do Superior Tribunal de Justiça, Enunciado nº 98).

4. ‘1. É requisito da pensão por morte que o segurado, ao tempo do seu óbito, detenha essa qualidade. Inteligência do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.

2. A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios. (artigo 102 da Lei nº 8.213/91).

3. O artigo 102 da Lei 8.213/91, ao estabelecer que a perda da qualidade de segurado para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito ao benefício, condiciona sua aplicação ao preenchimento de todos os requisitos exigidos em lei antes dessa perda.’ (REsp 329.273/RS, da minha Relatoria, *in* DJ 18/8/2003).

5. Recurso provido.”

(REsp 626.796/SP, 6ª Turma, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 02.08.2004)

Ainda que se tivesse por verossímil o quadro das alegações aqui postas, não seria caso de antecipar os efeitos da tutela, na forma requerida, porquanto o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, além de não justificado na formulação da pretensão, não se encontra evidenciado, *considerando a fruição, por parte de Maria Anália da Silva, desde 28 de abril de 2005, de aposentadoria por invalidez previdenciária (benefício nº 5026931789),*

*conforme revelam as informações constantes do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV, cujo extrato ora determino a juntada, não havendo como se cogitar da caracterização do *periculum in mora* ensejador da medida em questão.*

Dito isso, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Cite-se o INSS, para responder aos termos da ação em 30 (trinta) dias (artigo 491 do Código de Processo Civil).

Intime-se.

São Paulo, 11 de janeiro de 2010.

Contestação às fls. 196/214, alegando-se, preliminarmente, a ocorrência de decadência e a carência do direito de ação, e, no mérito, batendo-se pela improcedência da pretensão.

Instada a se pronunciar acerca da resposta (fl. 216), quedou-se inerte a autora (certidão de fl. 218).

No tocante à realização de outras provas (fl. 219), as partes manifestaram desinteresse (fls. 222/224).

Saneamento do feito à fl. 226, *in verbis*:

Vistos.

Não demonstrado o interesse na produção de novas provas, presentes os elementos necessários ao julgamento da rescisória, dispensável a abertura de vista às partes para razões finais. Ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de agosto de 2010.

A Procuradoria Regional da República opinou “pela procedência da ação com fundamento no artigo 485, V, do Código de Processo Civil e, em sede de juízo rescisório, pela procedência do pedido da autora” (fls. 230/243).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

O questionamento concernente à ocorrência de decadência, em razão da ciência do ajuizamento pelo INSS ter se dado após o biênio previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil, apresenta-se sem qualquer razão.

Proposta a demanda em 9.11.2009, dentro, portanto, dos 2 (dois) anos contados da data em que transitado o julgado rescindendo (30.11.2007), não há que se falar, de modo algum, na extemporaneidade da rescisória na hipótese dos autos.

O fato de a citação ter sido determinada depois do aludido lapso temporal, motivada, segundo alegado, em decorrência “da demora na regularização da peça processual inaugural da Autora, porquanto não instruída com a cópia integral do procedimento judicial, condição indispensável ao ajuizamento da lide” (fl. 197), revela-se insuficiente ao reconhecimento de eventual desídia da parte na formulação de sua pretensão, já aparelhada a rescisória com os elementos mínimos ao processamento inicial, prevalecendo no âmbito desta Seção especiali-

zada a possibilidade de ulterior regularização e ou complementação, quando já superado, por via de regra, o prazo decadencial.

A alegada carência de ação arguida em contestação, a seu turno, baseada na assertiva de que “a Autora pretende, apenas, a rediscussão do quadro fático-probatório produzido na lide originária, buscando, em realidade, a renovação da lide subjacente, procedimento inadequado nas ações rescisórias” (fl. 199), exige, de fato, o exame minucioso dos argumentos expendidos na exordial, dizendo respeito, na verdade, ao mérito do pedido, razão pela qual será com ele analisada.

Superada a matéria preliminar, assente, *outrossim*, segundo a anotação na obra de Theotonio Negrão (Código de processo civil e legislação processual em vigor. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 624), ilustrando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, que “o inciso V do art. 485 do CPC alcança a norma de natureza processual”, presentes, por conseguinte, os pressupostos necessários à admissão da rescisória, cumpre analisar o caso propriamente dito.

A rescisória é ação que objetiva derrubar a coisa julgada já formada. Busca impugnar decisão atingida pela coisa julgada material. Passada em julgado e a salvo de qualquer recurso. Sua finalidade não é rescindir todo e qualquer julgado. As hipóteses são restritas e taxativas, por se estar diante da autoridade da coisa julgada, de decisão que produziu, a todas as luzes, eficácia completa, no dizer de Pontes de Miranda, “como se não fosse rescindível” (*In: Comentários ao código de processo civil*, t. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 177). Medida excepcional e cabível apenas dentro das hipóteses restritas trazidas pela lei processual (Ada Pellegrini Grinover, Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional, Revista de Processo 87/37), porquanto esgotados os recursos, chega-se à imutabilidade da decisão de mérito, sem que se possa declará-la justa ou injusta, daí se permitindo, tudo isso, no dizer de Sálvio de Figueiredo Teixeira, “um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa de intranquilidade social que afastaria o fim primário do Direito, que é a paz social” (*In: Ação rescisória*, Apontamentos, RT 646/7).

Para a maciça doutrina processual, violar literal disposição de lei significa desbordar por inteiro do texto e do contexto legal, importando flagrante desrespeito à lei, em ter a sentença de mérito sido proferida com extremo disparate, completamente desarrazoada.

José Frederico Marques refere-se a “afronta a sentido unívoco e incontroverso do texto legal” (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. III, Bookseller, 1ª edição, p. 304). Vicente Greco Filho, a seu turno, leciona que “a violação de lei para ensejar a rescisória deve ser frontal e indubitosa” (*Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º vol., Saraiva, 5ª edição, p. 385). Também Ada Pellegrini Grinover (obra citada), ao afirmar que a violação do direito em tese, para sustentar a demanda rescisória, há de ser clara e insofismável.

Ainda, a respeito, a anotação de THEOTONIO NEGRÃO (Obra citada, Saraiva, 38ª edição, p. 567-568), ilustrando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

Art. 485: 20. “Para ser julgado procedente, o pedido rescindendo deduzido em ação rescisória fulcrada no inc. V do art. 485 do CPC depende, necessariamente, da existência de violação, pelo v. acórdão rescindendo, a literal disposição de lei. A afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica” (STJ-2ª Seção, AR 720-PR-EI, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9.10.02, rejeitaram os embs., v.u., DJU 17.2.03, p. 214).

“Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a

interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos” (RSTJ 93/416). No mesmo sentido: RT 634/93.

“Ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei. Justifica-se o ‘judicium rescindens’, em casos dessa ordem, somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485-V do CPC. Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto de lei” (RSTJ 40/17). No mesmo sentido: STJ-RT 733/154.

Constata-se também o fato de o dispositivo resguardar não apenas a literalidade da norma, mas seu sentido, sua finalidade, muitas vezes alcançados mediante métodos de interpretação (Sérgio Rizzi, *Ação Rescisória*, São Paulo, RT, 1979, p. 105-107).

José Carlos Barbosa Moreira, criticando a expressão “literal disposição de lei”, pondera: “O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgar na solução da quaestio iuris quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 11ª edição, 2003, p.130).

Igualmente, Flávio Luiz Yarshell: “Tratando-se de *error in iudicando* ainda paira incerteza acerca da interpretação que se deve dar ao dispositivo legal. Quando este fala em violação a literal disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito. Contudo, exigir-se que a rescisória caiba dentro de tais estreitos limites não significa dizer que a interpretação que se deva dar ao dispositivo violado seja literal, porque isso, para além dos limites desse excepcional remédio, significaria um empobrecimento do próprio sistema, entendido apenas pelo sentido literal de suas palavras. Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma” (*Ação Rescisória*: juízos rescindente e rescisório, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 323).

Conclui-se ser inadmissível a desconstituição do julgado com base em mera injustiça, em interpretações controvertidas, embora fundadas. A rescisória não se confunde com nova instância recursal. Exige-se mais, que o posicionamento adotado desborde do razoável, que agrida a literalidade ou o propósito da norma.

In casu, dada a peculiaridade do presente, antevendo-se ofensa ao comando previsto no artigo 463 do Código de Processo Civil - “Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.” -, prescrição que “também se aplica aos tribunais: publicado o acórdão, já não pode ser alterado, a não ser nos casos dos ns. I e II ou através do provimento de recurso cabível contra ele” (Theotônio Negrão, obra citada, p. 555), o caso concreto comporta juízo positivo que, para além do decreto simples de rescisão, avança, tamanha a gravidade do vício constatado, causa não somente de nulidade do ato, ao reconhecimento da própria inexistência jurídica do acórdão proferido em duplicidade pela Turma Suplementar.

Evidente que a hipótese dos autos não é usual e a solução empregada não pode servir às

demais todas em que não verificada a excepcionalidade aqui revelada, até porque o exercício da ação rescisória pressupõe, via de regra, sentença ou acórdão existentes, embora flexibilizada já a orientação em situações outras igualmente desbordantes de seu domínio, como se dá com decisões *citra e extra petita*, justamente em razão da inexistência de provimento relativamente à pretensão não examinada.

Segundo Eduardo Talamini, “a falta de decisum sobre a integralidade do objeto do processo (ausência de pronunciamento sobre uma ou algumas das pretensões postas; exame de apenas parte de uma pretensão etc.) faz com que inexista sentença em relação à pretensão ou parcela de pretensão não decidida. O problema, nesse caso, não é propriamente de nulidade da sentença. Se há a ausência de comando jurisdicional acerca de parte do objeto do processo, cabe reconhecer que não existe sentença quanto a essa parcela. Isso ocorre nos casos de sentença *infra* ou *citra petita* (sentença que não decide integralmente o objeto do processo): existe e é válida a sentença no que tange ao comando nela contido, versando apenas sobre parte do objeto do processo; porém, não há sentença em relação à outra parcela desse objeto” (*Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 312-313).

E Teresa Arruda Alvim Wambier: “o caso da sentença *infra petita*, análogo à hipótese da sentença *ultra e extra petita*, para efeito do raciocínio que exporemos, merece especial atenção. Isso porque se se consideram *infra petita* os exemplos comumente citados pela doutrina, e que mais usualmente aparecem na jurisprudência, ou seja, aqueles em que a sentença, em verdade, se omite quanto a um pedido (havendo cumulação de ações, reconvenção, oposição etc.), não será caso de sentença nula, pois a cada uma delas há de ser dado tratamento diverso: uma delas será imaculada; a outra inexistente”, daí que “*sentenças inexistentes podem ser impugnadas a qualquer momento e por qualquer meio*: neste caso, não há título” (*Nulidades do processo e da sentença*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 349).

Em tais tipos de caso, a jurisprudência, desde que veiculado o pedido de desconstituição com fulcro na ocorrência de violação ao princípio da congruência, tem aceitado viável a propositura da rescisória (STJ, 3ª Seção, AR 687, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 28.3.08, DJU de 29.5.08; STJ, 6ª Turma, AGREsp 413.786, rel. Ministro Paulo Medina, Diário da Justiça de 24.10.2005; TRF-4ª Região, 3ª Seção, AR 2009.04.00.031012-0, rel. Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, Diário Eletrônico de 17.3.2010).

Acresça-se, também valendo-se da pesquisa levada a efeito na obra citada de Eduardo Talamini, que “há qualificados doutrinadores que reputam admissível a ação rescisória - sem prejuízo do emprego das outras vias de constatação da inexistência, tradicionalmente afirmadas. Por exemplo, é o caso de Egas Moniz de Aragão, que considera possível o emprego não apenas dos embargos à execução e da ação declaratória, como também da ação rescisória. Do mesmo modo Bueno Vidigal, embora destacando que os vícios previstos no art. 485 ‘constituem uma propriedade de sentença existente’, afirma o cabimento, ao lado de outras medidas (embargos à execução, repetição de indébito...), da ação rescisória contra a sentença inexistente. Assim também Roque Komatsu, que indica caber ação declaratória, embargos de executado (art. 741, I) e ação rescisória. Note-se que esses autores não defendem o mero aproveitamento da ação rescisória por uma questão de instrumentalidade. Eles reconhecem caber, propriamente, ação rescisória. O fundamento da rescisória diria respeito, no mais das vezes, à ‘violação a literal disposição de lei’ (art. 485, V)” (p. 364-365).

Sob circunstâncias não exatamente assemelhadas às deste feito, mas com desfecho parecido, chegando-se à declaração de inexistência jurídica de sentença no bojo de ação rescisória

que se entendeu inapropriada para corrigir equívoco perpetrado (manutenção de duas decisões terminativas verdadeiramente idênticas, ambas reconhecendo a ocorrência do fenômeno da litispendência, quando determinação em sentido contrário do Tribunal deveria ser seguida na primeira instância e acabou não o sendo), assim se pronunciou esta Seção especializada:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OBSCURIDADE E OMISSÃO. OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA OU NULIDADE DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, DA QUAL NÃO CABE RESCISÓRIA. RECURSO PROVIDO.

- O artigo 535 do Código de Processo Civil permite a interposição de embargos de declaração para suprir omissão, obscuridade ou contradição existentes no julgado.

- Mantido o julgado embargado na parte relativa à impossibilidade de análise da alegação de erro de fato (CPC, art. 485, IX e § 1º), pois o julgado anterior não superou a questão preliminar do cabimento da ação rescisória.

- Mantido o julgado embargado, também, quanto à menção do inciso IV do artigo 267 do Código de Processo Civil no item I de sua ementa, pois se cuida de mero erro material, erro de digitação, já que a questão versada na decisão rescindenda - litispendência - está, obviamente, prevista no inciso V do artigo 267 citado.

- Embora a E. Terceira Seção deste Tribunal tenha concluído não ser caso de ação rescisória, por não haver sentença definitiva a ser desconstituída, cuidando o *decisum* arrostado do que a doutrina denomina “sentença meramente terminativa”, não restou esclarecido que, pelo fato de não caber ação rescisória contra o ato judicial guerreado, tem-se de interpor necessariamente ação anulatória; nem ficou esclarecido que, ainda que coubesse a ação anulatória, não teria esta E. Corte competência para a sua apreciação.

- Ressalvado meu entendimento pessoal quanto ao cabimento da ação rescisória, concluindo esta E. Seção no sentido da sua inviabilidade para desconstituição de decisões terminativas em que se extingue não apenas o processo, mas sim o direito de ação, melhor dizendo, o próprio direito material invocado, a solução mais adequada ao caso consiste na declaração da inexistência ou nulidade de pleno direito do *decisum*.

- Podendo ser reconhecida, em qualquer processo, a ausência de efeitos de um ato juridicamente inexistente, cumpre a esta E. Corte, após afastar a possibilidade da rescisória, ainda que na restrita via dos declaratórios, acolher a pretensão trazida como ação declaratória e reconhecer a inexistência da sentença que extinguiu erroneamente o feito originário, ficando expressamente determinado ao juízo *a quo* que profira sentença de mérito, analisando o pedido inicialmente formulado.

- Embargos de declaração providos.

(Ação Rescisória 2001.03.00.017637-2, rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, j. em 12.6.2008, red. p/ acórdão Desembargadora Federal Eva Regina)

Se é certo, como ensina Enrico Tullio Liebman, que “todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito”, sendo que “a nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório”, porque “não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior (por meio de recurso ou ação rescisória); e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente” (*Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1947, p. 186), acrescendo-se, ainda, no dizer de Sálvio de Figueiredo Teixeira, que “embora não sujeitos à rescisória, estes atos poderão ser invalidados em ação própria, ou incidentalmente, em qualquer procedimento, e mesmo de ofício” (Ação Rescisória, Apontamentos, Revista de Processo 53/66), apresenta-se perfeitamente possível reconhecer a inexistência do acórdão prolatado pela Turma Suplementar

da 3ª Seção, em absoluto desacordo com a sistemática processual, valendo-se da rescisória ajuizada com fulcro inclusive no inciso V do artigo 485 do diploma processual.

A propósito, ainda, as conclusões tiradas do ensaio intitulado “Ato Processual Juridicamente Inexistente - Mecanismos Predispostos pelo Sistema para a Declaração da Inexistência Jurídica” (Juliana Demarchi, Revista Dialética de Direito Processual, abril/2004, pp.57/58):

Tomando-se como premissa o objeto da ação rescisória, que é a desconstituição de sentença de mérito passada em julgado, há posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a ação rescisória não é o meio idôneo para a declaração de tal inexistência.

Tal entendimento baseia-se, precipuamente, na falta de coisa julgada que comporte ataque, haja vista que o inexistente jamais passa em julgado. Conquanto não pretenda, aqui, ignorar a premissa conceitual e metodológica que se desenvolveu no presente estudo, é de se ponderar se não seria o caso de, *em nome dos princípios da economia e da instrumentalidade, utilizar-se eventual arcabouço procedimental já aparelhado para se declarar a inexistência da sentença (e do processo, se o caso) em sede de ação rescisória*.

Com efeito, ainda que se trate de sentença inexistente (por falta de citação do réu aliada à revelia, por ter sido proferida por não-juiz etc.), a questão que se coloca é a de que, se eventualmente se processou a ação rescisória, seria conveniente, quando da prolação do *decisum*, o decreto de carência de ação ou, desde logo, a declaração de inexistência do julgado que, equivocadamente, pretendia-se rescindir.

Tal medida parece possível se se aplicar à hipótese os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual. Mais do que isso, podem ser conjugadas as idéias de fungibilidade dos instrumentos predispostos à obtenção de tutela jurisdicional, além da especial característica de que qualquer meio (simples petição nos autos, recurso, ação autônoma de nulidade, embargos do devedor...) pode ser utilizado para a declaração de inexistência.

Eventual objeção, para além do equívoco científico - que pode bem ser relevado em nome da efetiva tutela jurisdicional -, poderia referir-se à violação ao princípio da congruência e à supressão de um grau de jurisdição, ferindo normas de competência.

Tais objeções, contudo, podem ser refutadas ante o argumento de que não há violação ao princípio da congruência entre a demanda e o julgamento na medida em que o que pretende a parte, na ação rescisória, é a retirada da sentença do mundo jurídico. Compete à parte descrever o vício (ou defeito de constituição) e requerer a rescisão do julgado, sua retirada do mundo jurídico. Ora, o que vincula o julgamento são os fatos descritos pela parte e o pedido deduzido; o fundamento jurídico não é vinculante para o julgador, que conhece o direito e pode ditá-lo para o caso concreto. Equivocando-se a parte na qualificação jurídica do fato, compete ao julgador aplicar adequadamente o direito à espécie, não ficando adstrito ao quanto, nessa parte, deduzido pelo autor, ainda que a ação rescisória, como é, ação típica.

Não há que se falar, igualmente, de supressão de um grau de jurisdição na hipótese de declaração da inexistência em sede de ação rescisória, porque o ordenamento processual vigente já admite a possibilidade de julgamento do mérito da demanda em sede recursal independentemente de anterior pronunciamento do magistrado singular a respeito (do mérito). Com efeito, a nova redação dada ao § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil permite que o tribunal desde logo aprecie o mérito da demanda se a causa versar exclusivamente questão de direito e estiver em condições de imediato julgamento. Aliada essa disposição ao entendimento de que o duplo grau de jurisdição não constitui garantia constitucional, assim como ao princípio da fungibilidade, parece razoável a declaração da inexistência nos casos em que a parte se valeu da ação rescisória.

Há, não se pode negar, óbices técnicos que fazem com que o remédio seja deduzido fora de sua estrutura típica: não há sentença ou acórdão de mérito e a regra específica da competência para o julgamento da ação rescisória não deveria ser observada. Detectado o equívoco *ab initio*, dúvida não há de que o recomendável para a hipótese é o decreto de carência da

ação. Contudo, *verificando-se ser o caso de inexistência após profunda cognição da matéria, impõe-se o reconhecimento e a declaração da inexistência jurídica*, aplicando-se à hipótese a teoria da asserção (segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas segundo o que vem afirmado na petição inicial).

Assim sendo, muito embora a orientação técnica correta seja a propositura de ação declaratória perante o magistrado singular para a declaração de inexistência de determinada sentença (e do processo, se o caso), se a questão não for suscitada a qualquer tempo, por simples petição, ou, ainda, em embargos à execução (pelo fundamento do art. 741, I do CPC), por a sentença não comportar execução ou esta não ter sido ainda ajuizada, não parece inadequado, em caso de propositura de ação rescisória, que a atividade jurisdicional aí desenvolvida culmine na declaração de inexistência.

Frise-se, ainda, que, *por mais que não se tenha o pressuposto da sentença transitada em julgado, o simulacro de sentença (ou de processo) não deixará de ser um ato de flagrante violação a literal disposição de lei, porque terá a aparência de sentença um suposto fático que não atende ao modelo previsto na lei, aplicando-se norma que não incidiu*. E mais: a inexistência jurídica, por tudo que já se sustentou e por consistir matéria de ordem pública, pode ser reconhecida e declarada de ofício.

Pelo exposto, pode-se falar em cumulatividade de remédios processuais à disposição da parte, que deverá eleger um deles para dedução de seu pedido.

Retomando-se as principais ocorrências do processo originário, sentenciado o feito, entendendo o juízo *a quo* pela improcedência do pleito de pensão por morte formulado (fls. 124/127), os autos subiram com recurso da parte autora (fls. 132/136).

Distribuídos ao Desembargador Federal Castro Guerra, sobreveio decisão assim resumida (fl. 153):

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. PENSÃO POR MORTE. L. 8.213/91, ART. 74. QUALIDADE DE SEGURADO.

A perda da qualidade de segurado do falecido não é relevante para a concessão do benefício, desde que o segurado tenha cumprido a carência exigida pela lei previdenciária para a aposentadoria por idade (art. 3º, § 1º da Lei 10.666/03 e art. 102 da L. 8.213/91).

Precedentes do STJ.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto do Relator, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 20 de março de 2007.

Opostos os declaratórios pelo INSS, “para que seja esclarecida a obscuridade no tocante à PERDA DA QUALIDADE DE SEURADO DO ‘DE CUJUS’ em face de matéria federal pertinente ao caso concreto; debatendo-se as questões postas, inclusive para fins de prequestionamento necessário à abertura da via recursal superior” (fls. 156/163), e remetidos os autos ao Senhor Relator em 4.5.2007 (fl. 164), em 24 de maio seguinte registrou-se o recebimento “para apreciação pela Turma Suplementar da 3ª Seção, consoante o disposto na Resolução nº 159, de 08 de maio de 2007”, enviando-se-os “conclusos ao(à) Excelentíssimo(a) Juiz(a) Federal Convocado(a) Relator(a)” em 12.9.2007 (fl. 165).

Determinada, “por ordem do(a) Excelentíssimo(a) Senhor(a) Juiz(a) Federal Convocado(a) Relator(a), e em cumprimento ao que dispõe o artigo 33, inciso VII do Regimento Interno desta Corte”, “a inclusão em pauta do processo em epígrafe na sessão de julgamento de 09 de outubro de 2007” (fl. 166), expedidas as comunicações necessárias (fl. 167) a apelação restou novamente apreciada, desta feita sob relatoria do Juiz Federal Convocado Fernando Gonçalves, recebendo, a ementa do julgado da Turma Suplementar da 3ª Seção, a seguinte redação:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. URBANO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. APELAÇÃO DA AUTORA IMPROVIDA.

1. A qualidade de segurado é obtida por meio do recolhimento de contribuições previdenciárias até a data do fato gerador do benefício, ou, ainda, independentemente de contribuições, pelo período de graça, nos termos do artigo 15 da Lei nº 8.213/91.
2. Não havendo prova nos autos da qualidade de segurado da Previdência Social à época do óbito não é cabível o deferimento da pensão por morte.
4. Apelação da autora improvida.
5. Sentença mantida.

Conforme se observa, repisou-se propriamente o julgamento do recurso de apelação, inexistindo pronunciamento acerca dos embargos de declaração, como dá a entender a linha argumentativa precipuamente desenvolvida na petição inicial do presente feito a esse respeito, ao referir que “Inexplicavelmente e sem qualquer fundamento legal, os Embargos Declaratórios do INSS foi julgado pela Turma Suplementar da Terceira Seção e não pela 10ª Turma que havia dado provimento a apelação da Autora” (fl. 05).

Limitada a causa de pedir à assertiva de que “o julgamento dos Embargos Declaratórios pela Turma Suplementar da Terceira Seção é NULO DE PLENO DIREITO, uma vez que feriu o disposto nos Artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil, uma vez que ela é incompetente para julgar Embargos Declaratórios de outra Turma do Tribunal, bem como de reformar Acórdão de outra Turma, como ocorrido no caso presente” (fl. 06), a qual, como visto, escapa do que realmente se verificou na hipótese concreta, porque alteração por meio dos declaratórios incorreu, existindo, de fato, julgamento em duplicidade do mesmo apelo autoral, exsurgiria manifesta a impossibilidade de utilização do próprio pleito rescisório para correção da distorção em tela.

E conhecer do pedido por fundamento não invocado pela parte autora - que, à toda prova, não se confunde com diversa qualificação jurídica dada pelo órgão julgador às razões expostas na inicial, perfeitamente aceitável em sede de rescisória (STJ: Recurso Especial 7.958-0/SP, 4ª Turma, relator Ministro Sálvio de Figueiredo, j. 01.12.92, unânime, DJ 15.02.93; Recurso Especial 192.308/CE, 5ª Turma, relator Ministro Gilson Dipp, j. 14.09.99, unânime, DJ 11.10.99) -, não se pode avalizar, de modo algum se autorizando a rescisão, conforme entendimento prevalente em doutrina e jurisprudência, à vista das regras dispostas em nosso ordenamento, cuja sistemática, no dizer de José Carlos Barbosa Moreira, é de que “fundamento não invocado em caso algum autoriza a rescisão, por mais convencido que fique o órgão julgador da ocorrência do fato”, não sendo lícito, a fortiori, acolher o pedido de rescisão senão com base nas razões alegadas, sendo que, se assim não se proceder, “terá de julgar o pedido improcedente, ainda que verifique a existência de transgressão a norma não indicada pelo autor”.

Assim é, porque a rescisória é ação que objetiva derrubar a coisa julgada já formada. Busca impugnar decisão atingida pela coisa julgada material. Passada em julgado e a salvo de qualquer recurso. Sua finalidade não é rescindir todo e qualquer julgado. As hipóteses

são restritas e taxativas, por se estar diante da autoridade da coisa julgada, de decisão que produziu, a todas as luzes, eficácia completa, no dizer de Pontes de Miranda, “como se não fosse rescindível”(In: *Comentários ao código de processo civil*, t. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 177).

Contudo, possível pinçar da rescisória, *in casu*, com a boa vontade e enorme esforço interpretativo que têm norteado, no mais das vezes, o exame das pretensões formuladas em demandas previdenciárias, o fundamento concernente à ocorrência de afronta à legislação processual a partir da prolação de novo acórdão por parte da Turma Suplementar da 3ª Seção, delineado na petição inicial nos termos destacados abaixo (fl. 07):

Ora, EXAS, no caso em apreço, verifica-se que não cabia sequer a interposição de Agravo Legal, uma vez que o V. Acórdão da 10ª Turma não se tratava de decisão monocrática, mas sim de *decisão da Turma Julgadora, que somente poderia ser revista através de recurso especial ou extraordinário, o que não ocorreu.*

Desta feita, o V. Acórdão da Turma Suplementar da Terceira Seção, de fls, deve ser declarado nulo de pleno direito, para que seja mantido o V. Acórdão proferido pela 10ª Turma Julgadora deste Egrégio Tribunal, uma vez que ele não pode ser reformado por via de Embargos Declaratórios.

Em que pesem as incorreções de ordem material e as distorções na argumentação desenvolvida, o excerto em questão permite extrair como causa para rescisão a inconsistência do *decisum* da Turma Suplementar exatamente por ter promovido a cassação do acórdão anterior da 10ª Turma fora dos meios regulares cabíveis à espécie, limitados à interposição de recursos para os Tribunais Superiores.

Destarte, manifesto o equívoco na repetição do julgamento do apelo interposto pela segurada contra a sentença que dera pelo insucesso da demanda no processo subjacente, após a 10ª Turma ter se desincumbido de apreciá-lo, ao reformar a decisão de primeiro grau “para julgar procedente o pedido e condenar o INSS a conceder o benefício de pensão por morte à parte autora” (fl. 150), e pendentes embargos de declaração manejados pela autarquia, o caso é de reconhecimento da inexistência do acórdão de fls. 168/175 prolatado pela Turma Suplementar da 3ª Seção.

Independentemente do desacerto que se possa imputar ao primeiro acórdão proferido, notadamente à vista da posição de há muito consolidada, consoante asseverado quando da decisão que negou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela nestes autos, no sentido de que “a interpretação que se pretende conferir ao artigo 102 da Lei 8.213/91, em sua redação original - ‘A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios’ -, restou superada, no âmbito da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, desde o julgamento pela 3ª Seção daquela Corte dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 524.006/MG, de relatoria da Exma. Ministra Laurita Vaz, DJ de 30 de março de 2005, reconhecendo-se, de forma unânime, que os dependentes do segurado, falecido após a perda desta condição, possuem direito ao recebimento de pensão por morte apenas se o de cujus já havia preenchido, antes da data do óbito, os pressupostos obrigatórios à obtenção de aposentadoria, situação não verificada *in casu*, já que o último vínculo empregatício encerrou-se em 10 de setembro de 1991 (fl. 62), e o passamento acabou se dando em 29 de março de 1996, aos 40 (quarenta) anos de idade (fl. 56)” (fl. 186, verso).

Questão, de resto, a ser enfrentada ocasionalmente nos embargos de declaração pendentes de análise ou na via própria da recorribilidade extraordinária dirigida às Cortes Superiores.

Quiçá até mesmo em sede de rescisória, caso se venha a ter passada materialmente em julgado a decisão de fls. 146/153, convindo não ignorar, a este respeito, inexistir impedimento algum ao manejo de eventual pretensão de desconstituição, em especial no que toca a possível alegação de incidência do óbice da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, eis que com a aludida pacificação pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, ditando o direito a ser aplicado em casos tais, cairia por terra qualquer tentativa de fazer prevalecer o entendimento de 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”, a partir dos isolados julgados à época do *decisum* da 10ª Turma conferindo interpretação diversa ao artigo 102 da Lei 8.213/91 anteriormente à modificação oportunizada pela Lei nº 9.528/97, não representativos do obrigatório dissenso que pudesse infirmar a viabilidade da rescisória.

Nesse ínterim, o segundo acórdão prolatado não reúne condições de subsistência, sendo de rigor o reconhecimento de que se está a tratar de pronunciamento que se enquadra como ato inexistente, entregue a resposta da jurisdição no momento em que concluído o primeiro julgamento, cediço que “... proclamada a decisão, o Tribunal cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la nos casos inscritos nos incisos I e II do art. 463, CPC (RTJ 158/853 e STF-RT 707/234)” (Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Saraiva, 45ª edição, p. 763).

Também a propósito, Antonio Carlos de Araújo Cinto, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, in *Teoria Geral do Processo*, 12ª edição, 1996, Malheiros, tecem os seguintes comentários (p. 350-351):

Outras vezes, ao ato jurídico processual faltam elementos essenciais à sua constituição, a ponto de ser ele inexistente, perante o direito. É que, à falta desses elementos, o próprio ato, intrinsecamente, não reúne condições para ser eficaz; fala a doutrina, nesses casos, em “não atos”. Dos atos inexistentes não costuma falar a lei - e nem precisaria mesmo falar: se se pratica um ato tão disforme do modelo legal, que em si mesmo não seja apto a atingir o resultado desejado, não precisaria a lei negar-lhe eficácia (mas v. CPC, art. 37, par. ún.). Exemplos de atos inexistentes são a sentença que não contenha a parte dispositiva (CPC, art. 458, inc. III, CPP, art. 381, inc. V) ou que condene o réu a uma prestação impossível, ou ainda qualquer ato do processo não assinado pelo seu autor.

Parte da doutrina nega que haja essa categoria de atos inexistentes, falando, antes, em nulidade absoluta. Falam alguns autores em atos anuláveis (para o que chamamos de nulidade relativa), atos relativamente nulos (para o que chamamos de nulidade absoluta) e absolutamente nulos (para o que chamamos de inexistência jurídica). A divergência, como se vê, é porém mais terminológica que real. Mas como se poderia chamar de nulidade relativa aquela que o juiz decreta de ofício e que muitas vezes sobrevive à própria coisa julgada?

(...)

Os atos inexistentes não podem convalescer, pelo simples motivo de que não têm absolutamente, eles próprios, condição de produzir efeito algum: não tendo sido a lei que lhes negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver a eficácia em situação alguma. Nulo o processo em decorrência da inexistência jurídica de algum ato (saneamento não assinado, petição inicial sem pedido), se vier a ser dada uma sentença e passar em julgado, então ela prevalece, apesar da inexistência do ato jurídico anterior; ela seria passível de anulação, porque inquinada pela inexistência de ato anterior indispensável, mas a coisa julgada, como sanatória geral do processo, perpetua a sua eficácia (será o caso somente de ação rescisória ou revisão criminal, nos limites da lei).

Se a própria sentença foi juridicamente inexistente, porém, então ela não tem intrinsecamente condição para produzir efeitos; conseqüentemente, não passa em julgado e a qualquer tempo o vício poderá ser declarado.

Teresa Arruda Alvim Wambier, obra citada, p. 163-167, em relação ao mesmo tema, disserta:

Todo o problema da inexistência do ato gira em torno da vida do ato, sendo pois, *rigorosamente, anterior ao problema de validade*.

Quanto a estes dois pontos, concordamos plenamente. Ousamos, no entanto, discordar de Humberto Theodoro Júnior, quando este expende opinião segundo a qual a distinção entre atos nulos e inexistentes é questão “pura acadêmica pois que, do ponto de vista prático, os efeitos se equivalem, impedindo a formação da *res judicata*”.

Como adiante se verá, a coisa julgada, segundo pensamos, só não se constituirá em caso de processo e sentença inexistente, mas, no caso de processos nulos ou sentenças nulas, forma-se a coisa julgada e a sentença passa a ser rescindível.

(...)

Assim, se o ato nulo é viciado de alguma forma, o inexistente não chega nem a ser, juridicamente. Ainda que para ambos os casos deva haver pronunciamento judicial, segundo pensamos, aquele estará submetido a um prazo qualquer, que tenha sido estabelecido em lei. Todavia, o mesmo não ocorre com os atos inexistentes, cuja possibilidade de vulneração não se submete a prazo algum.

Atos inexistentes, segundo Couture, são na verdade meros fatos e são atos jurídicos.

Trata-se de problema que, rigorosamente, do ponto de vista jurídico, é lógica e cronologicamente anterior ao da validade: é do ser ou não ser do ato. Impossível é falar de desvio de algo que não tem nem mesmo condições para estar no caminho.

Mais do que discutir a validade do ato em si, o fato é que o segundo acórdão na mesma relação jurídica processual, como verificado, carece de utilidade e motivação, em razão da atividade desenvolvida pelo Estado-juíz ter se esgotado no primeiro julgado.

Encerra-se verdadeira proibição ao Tribunal, tal como resta vedado ao juízo sentenciante reavivar a função decisória, de alterar ou substituir o julgamento já proclamado, afinal, tanto em um quanto outro caso, “a disposição contida na regra enfocada constitui-se em um caso de preclusão consumativa, que atinge o juiz, de modo geral pouco exposto a preclusões. Ao contrário dos demais atos que pratica, os quais, em regra, pode rever, reconsiderar de ofício ou a requerimento dos interessados (ou do MP), com relação à sentença isso não ocorre. Proferido o julgamento, torna-se ele imutável para quem o pronunciou” (Egas Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada* - exegese do Código de Processo Civil, Aide, p. 140.).

Evidente que, para além das hipóteses de correção não-substanciais expressamente previstas, caracterizadas pela impossibilidade de se reparar eventuais desvios de pensamento ou de critério de julgamento - retificação, de ofício ou a requerimento da parte, de inexatidões materiais ou erros de cálculo -, bem como a via dos embargos de declaração, em algumas outras situações excepcionais cumprirá ao órgão julgador, no mesmo feito, praticar atos necessários ao prosseguimento da marcha procedimental, dentre os quais os mais comuns acabam sendo o processamento inicial dos recursos eventualmente interpostos - especificamente no caso de relator de turma, os embargos infringentes - e mesmo dar cumprimento ao próprio julgado, diante de postura desidiosa do réu caso condenado a obrigação de fazer ou não-fazer.

Em hipótese nenhuma, porém, permite-se que venha a se renovar, ainda que não por meio da mesma turma julgadora, conforme ocorrido, a atividade decisória propriamente dita, a par da *consumação da jurisdição e exaurimento da competência*, assim pronunciados por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*. Volume III. 3ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 202-203.):

Publicada a sentença de mérito, o processo de conhecimento está realizando o que lhe competia na preparação da tutela jurisdicional, no grau jurisdicional em que se encontra. A efetividade da tutela oferecida pela sentença ou acórdão poderá depender ainda de alguma providência ou mesmo de um novo processo (o executivo), *mas naquele processo o juiz é proibido de prosseguir atuando. Ele é decididamente proibido de inovar no processo*, quer para alterar, modificar, retificar ou mesmo completar o conteúdo substancial da sentença. A partir da publicação mediante entrega da sentença ao escrivão ou registro da que o juiz houver ditado em audiência, alterações substanciais só serão admissíveis em grau de recurso - ou seja, só aos órgãos superiores é lícito fazê-las.

Da mesma forma que a juiz algum se consente sentenciar novamente idêntico feito, ao Tribunal veda-se repetir o julgamento de recurso, não se tolerando tamanha inadequação sequer como causa de nulidade do ato.

Novamente valendo-se do ensinamento de Dinamarco, ao avançar no trato dos atos processuais juridicamente inexistentes e precipuamente das sentenças que se apresentam incapazes de produzir os efeitos programados, “de realizar o escopo ordinariamente realizado pelos atos da espécie a que o ato aparenta pertencer”, à ordem jurídica vigente não se amolda ocorrência de tal magnitude “porque o resultado desejado encontra barreiras jurídicas tão sólidas que, de modo absoluto, impedem sua produção”, para então rematar: “Numa visão radical e extremamente pan-processualista, só seriam juridicamente inexistentes os atos em si mesmos incapazes de produzir resultado de qualquer ordem, nem mesmo o efeito de dar início ou pôr fim ao processo. Não se passaria das petições ou sentenças não assinadas, ou assinadas por quem não esteja qualificado ao ato, ou das sentenças desprovidas de parte dispositiva (art. 458, inc. III). *O conceito mais largo de inexistência do ato processual é uma imposição do método caracterizado como processo civil de resultados, perante o qual o processo e as atividades jurisdicionais são encarados pela perspectiva da utilidade que possam ter perante as pessoas ou a população como um todo*” (Instituições, obra citada, volume II, p. 588).

A propósito, ainda, as conclusões tiradas do ensaio intitulado “Sentença Inexistente” (Oswaldo Trevisan, RT 823/735, maio/2004):

A decretação da inexistência da sentença precisa, indispensavelmente, estar estribada na ocorrência de situações processuais objetivas, nítidas e concretas. *A sentença é inexistente porque nascida de atos processuais praticados com a violação de expressas exigências legais.* A complexidade da atividade processual, que se desenvolve mediante um encadeamento de sucessivos atos dos sujeitos processuais, reclama a observância de determinadas normas, desde a propositura da ação até o advento da sentença e, posteriormente, da coisa julgada, depois de esgotados os recursos destinados a decisão. Se esses atos processuais *não puderem ter existência, por afrontarem o ordenamento jurídico vigente, as sentenças que produzirem não chegarão nunca a ter vida.* São sentenças inexistentes. E por serem inexistentes nunca provocam a formação de coisa julgada.

Apesar de tormentosa a questão, inexistindo entre os estudiosos concordância absoluta quanto às hipóteses de inexistência no mundo jurídico como sentença e/ou acórdão - há modelos mais comuns referidos nos livros, que acabam servindo como parâmetro, tais como a) a decisão não-assinada, b) a decisão desprovida de dispositivo e c) a decisão a non iudice, longe, contudo, de esgotar o assunto, até porque “se é infactível preverem-se todos os casos em que pode haver nulidades, a fortiori, infactível será preverem-se todos os vícios capazes de desfigurar a sentença enquanto tal” (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, obra cita-

da, p. 469) -, a situação vivenciada nos autos não passou despercebida a Pontes de Miranda, que em comentário introdutório ao Capítulo VIII do Código, ao exemplificar os provimentos inexistentes, cravou com propriedade que “*a sentença duplificante, que é a segunda sentença no mesmo processo, é inexistente*, e entra na espécie c) - sentença publicada sem ser proferida em demanda civil a cuja instrução e debate imediatamente se ligue -, salvo se a outra era nula” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo V, Arts. 444-475, Forense, 1974, p. 49).

Em igual sentido, apoiado também no ensinamento *supra* - não obstante a discrepância quanto à terminologia utilizada -, o escólio de Humberto Theodoro Júnior (*Sentença - Direito Processual Civil ao vivo*, Aide, 1991, p. 42-43):

Outro exemplo de nulidade absoluta da sentença é aquele lembrado por PONTES DE MIRANDA e que ocorre quando *o juiz da causa depois de já julgado o feito volta a proferir, no mesmo processo uma segunda sentença*. Com o pronunciamento feito no primeiro julgado o juiz exauriu a jurisdição e encerrou a relação processual. O segundo julgado, dentro dos mesmos autos, é, pois, *decisão proferida sem o suporte de uma relação processual e por quem já não tem mais competência para sentenciar*. Tal segunda sentença - anota o douto processualista - é nula ipso iure. *Não se precisa ir com a ação rescisória contra ela. Qualquer pessoa pode alegar essa nulidade ainda incidentalmente* (Tratado da Ação Rescisória, pág. 640).

A hipótese aventada não se confunde com a duplicidade de coisa julgada sobre a mesma lide, já que isto só se dá quando em processos diferentes se proferem sentenças em torno da mesma pretensão, entre as mesmas partes. Aí sim, a segunda sentença substitui a primeira e é eficaz enquanto não for rescindida, nos termos do art. 485, n° IV, do CPC.

O caso que, no entanto, lembramos é o da segunda sentença dentro do processo já exaurido pelo primeiro julgamento. Aqui, qualquer que seja o tempo que corra após ela, não passa a substituir a sentença antes proferida, *por se tratar de julgado absolutamente nulo e não simplesmente rescindível* (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Da mesma forma, a menção de Teresa Arruda Alvim sobre a doutrina estrangeira, anotando que “o Prof. Paulo Cunha (apud Castro Mendes, *Direito processual civil cit.*, p. 304) cita, exemplificativamente, casos de sentenças que considera inexistente. As hipóteses são as seguintes: 1. vício de forma; 2. sentença a non iudice; 3. sentença dúbia; 4. sentença proferida contra parte ilegítima; 5. *Segunda sentença - proferida depois de já ter sido dada uma sentença no processo*” (Obra citada, p. 469-470).

A respeito, ainda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DUPLIFICANTE NO MESMO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DA SEGUNDA. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. JULGADOS TRAZIDOS COMO PARADIGMAS BEM EVIDENCIAM O DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL EXIGIDO PELOS ARTS. 266 E 267 DO RISTJ.

Na hipótese, havendo decisão duplificante no mesmo processo, considera-se a segunda como inexistente.

Se os vv. Arestos trazidos à colação solucionaram a matéria objeto do apelo extremo sob o enfoque infraconstitucional, não há como deixar de reconhecer o dissenso exigido, se o acórdão atacado o fez por outro prisma.

Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão que indeferiu os embargos de divergência.

(Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em REsp nº 170.421/RS, 1ª Seção, rel. Ministro Franciulli Netto, DJ de 21.2.2000)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA.

- Esgotada a jurisdição pela prolação de sentença, é defeso ao magistrado lançar novo édito, salvo em sede de embargos de declaração.
 - Na hipótese de proferir o Juiz nova decisão após a sentença de mérito, o segundo *decisum* é ato inexistente, sem qualquer validade jurídica, podendo seus efeitos serem afastados pelo Juízo de Segundo Grau, sem que tal providência importe em *reformatio in pejus*.
 - Recurso Especial não conhecido.
- (REsp 164.877/RS, 6ª Turma, rel. Ministro Vicente Leal, DJ de 18.10.1999)

Do voto do Relator, no segundo precedente, *ipsis verbis*:

O Juiz cometeu um grande erro: julgou ambos os réus, proferindo nova sentença contra Alda. E em seguida, contando da data da segunda sentença, declarou extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da ação penal. E logo depois, por decisão tomada em audiência, o nobre Magistrado processante tornou sem efeito a decisão que decretara a prescrição.

E o Tribunal, em sede recursal, conheceu do recurso do Ministério Público para exasperar a pena imposta aos réus, reconhecendo a prática de delito consumado. No mesmo passo, entendeu inexistente a segunda sentença prolatada contra Alda Denise.

Por isso, entende a recorrente que houve *reformatio in pejus*, pois o Ministério Público não recorreu da segunda sentença. Daí, a invocação de maltrato ao art. 617, do CPP.

Não vejo como prestigiar a tese condensada no recurso.

Ora, é sabido que o Juiz, após proferir a sentença de mérito, esgota a sua jurisdição, sendo-lhe defeso proferir nova decisão, salvo em sede de embargos de declaração. Assim, se o Juiz proferir nova decisão após a sentença de mérito, este segundo *decisum* é ato inexistente, desprovido de qualquer vitalidade jurídica.

Concordo com o pensamento proclamado no acórdão recorrido, ao asseverar, no pertinente ao tema sob enfoque, a seguinte passagem, *verbis*:

“Acontece que o juízo monocrático quando proferiu aquela sentença alcançando a embargante já havia esgotado a função jurisdicional. Nada, absolutamente nada, em nível de mérito, poderia realizar. A situação é tão alarmante que visão contrária poderia admitir efeitos se eventual outra decisão de mérito merecessem estes mesmos autos ao retornarem novamente à origem. Aquele ato decisório é um zero, um nada, de onde, pois, não se pode extrair efeito algum. De repetir, no momento da lavratura daquele ato o colega já acabara sua função jurisdicional, passou a ser mero espectador do espetáculo forense, tal qual cidadão comum” (fls. 295/296).

Declarado inexistente o segundo acórdão, datado de 9.10.2007 (fls. 168/175), fica ele considerado sem efeito, bem como os demais atos decorrentes, inclusive, evidentemente, o trânsito em julgado (não) operado nos autos subjacentes.

Superado o vício manifestado no julgamento realizado pela Turma Suplementar da 3ª Seção, impõe-se de rigor recolocar em seu curso natural o processo de onde tirada a presente rescisória, já que pendentes de exame os embargos de declaração opostos pelo INSS (fls. 156/163) ao primitivo julgado prolatado na Apelação Cível de reg. nº 2002.61.83.003445-0 em 20.3.2007 (fls. 146/153), redirecionando-se o feito originário à Turma julgadora, cediço que, “ao se reconhecer que a sentença é inexistente, cumpre retomar, reabrir, o processo anterior desde o ponto em que nele foram praticados atos existentes” (Eduardo Talamini, obra citada, p. 369).

Posto isso, rejeito a matéria preliminar e, quanto ao mérito, julgo procedente o pedido formulado na presente demanda, para, com fundamento no inciso V do artigo 485 do diploma processual, reconhecer a inexistência do segundo acórdão nos autos da Apelação Cível de

reg. nº 2002.61.83.003445-0, prolatado pela Turma Suplementar da 3ª Seção, tornando sem efeito os atos dele decorrentes, e determinar o desarquivamento do aludido processo, a fim de que tenha regular prosseguimento o feito subjacente perante a 10ª Turma, procedendo-se lá à apreciação dos embargos de declaração opostos pelo INSS pendentes de decisão.

Honorários advocatícios em favor do patrono da autora, a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social, fixados em R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), devidamente atualizados.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0003229-15.2010.4.03.6105

(2010.61.05.003229-5)

Agravantes: GIANE GODOY E RICARDO ROGERIO GODOY NASCIMENTO (incapaz)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: MARIA APARECIDA DA SILVA NASCIMENTO

Apelados: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, GIANE GODOY E RICARDO ROGERIO GODOY NASCIMENTO (incapaz)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS

Classe de Processo: AC 1822341

Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA DO “DE CUJUS”. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - *caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.

2. Os requisitos a serem observados para a concessão da pensão por morte são os previstos nos arts. 74 a 79, todos da Lei nº 8.213/1991, sem necessidade de carência. Por força desses preceitos normativos, a concessão do benefício em referência depende, cumulativamente, da comprovação: a) do óbito ou morte presumida de pessoa que seja segurada (obrigatória ou facultativa); b) da existência de beneficiário dependente do de cujus, em idade hábil ou preenchendo outras condições previstas em lei; e c) da qualidade de segurado do falecido.

3. Quanto à condição de segurado (obrigatório ou facultativo), esta decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes (embora sem carência, consoante o art. 26, I, da Lei 8.213/1991).

4. No tocante aos dependentes do segurado falecido, o direito à pensão por morte encontra-se disciplinado na Lei nº 8.213/91, art. 16.

5. O benefício é devido ao conjunto de dependentes do de cujus que reúnam as condições previstas nos art. 77 da Lei 8.213/1991, obviamente cessando para o dependente que não mais se enquadre nas disposições desse preceito normativo. Nem mesmo a constatação de dependente ausente obsta a concessão da pensão, cabendo sua habilitação posterior (art. 76 da Lei 8.213/1991).

6. Por sua vez, o § 4º desse mesmo artigo estabelece que “a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

7. A dependência econômica não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a parte autora tenha outros meios de complementação de renda. Sobre isso, a Súmula 229, do extinto E.TFR, ainda reiteradamente aplicada, é aproveitável

a todos os casos.

8. Não impede a concessão do benefício em tela o fato de os dependentes receberem aposentadoria, pois o art. 124 da Lei nº 8.213/1991 não veda a acumulação da pensão por morte com aposentadoria, quando presentes os requisitos legais. Nega, apenas, a acumulação de mais de uma pensão, deixada por cônjuge ou companheiro, assegurado o direito de se optar pelo pagamento da mais vantajosa.

9. Ademais, o rompimento da relação conjugal, de fato ou de direito, não se constitui em óbice à percepção da pensão por morte, desde que mantida a dependência econômica. Isso porque a legislação previdenciária não pode desabrigar a ex-esposa ou ex-companheira, se essa tem direito a alimentos, motivo pelo qual se faz imprescindível estabelecer o nexo de dependência entre a parte-requerente e o *de cujus*, inclusive nos casos em que há renúncia aos alimentos na separação judicial ou no divórcio.

10. É também por esses motivos que novas núpcias não impedem o acesso à pensão por morte do ex-marido ou ex-companheiro, se da nova relação não decorre independência econômica para a ex-esposa ou ex-companheira.

11. A inscrição dos dependentes do *de cujus* junto ao INSS não prejudica o direito ao requerimento ulterior de benefícios, desde que demonstrada a dependência e comprovados os demais requisitos, conforme expressa disposição do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.213/1991.

12. No caso em exame, a autora era esposa do falecido (fls. 12). Não consta qualquer averbação de separação ou divórcio na Certidão de Casamento, não havendo que se falar em prova da efetiva existência de dependência econômica, uma vez que esta é presumida, a teor do disposto no art. 16, § 4º, da Lei de Benefícios.

13. Havendo mais de um dependente habilitado, o benefício deve ser concedido *pro rata*.

14. Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de junho de 2015.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto por Giane Godoy e Ricardo Rogério Godoy Nascimento em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC) contrária aos seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que o relator, ao decidir monocraticamente, não o fez com acerto, ao argumento de que não restou comprovado o requisito da dependência econômica da autora Maria Aparecida da Silva Nascimento em relação ao “*de cujus*”, tendo em

vista que, na data do óbito, já estavam separados de fato há quatro anos.

Este o relatório.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade-*caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito-§ 1º-A).

A compatibilidade constitucional das novas atribuições conferidas ao Relator decorre da impugnabilidade da decisão monocrática mediante recurso para o órgão colegiado, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC, e da conformidade com os primados da economia e celeridade processuais.

Assim, com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado.

Observo que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

O art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator “negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido artigo.

Os requisitos a serem observados para a concessão da pensão por morte são os previstos nos arts. 74 a 79, todos da Lei nº 8.213/1991, sem necessidade de carência. Por força desses preceitos normativos, a concessão do benefício em referência depende, cumulativamente, da comprovação: a) do óbito ou morte presumida de pessoa que seja segurada (obrigatória ou facultativa); b) da existência de beneficiário dependente do de cujus, em idade hábil ou preenchendo outras condições previstas em lei; e c) da qualidade de segurado do falecido.

Quanto à condição de segurado (obrigatório ou facultativo), esta decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes (embora sem carência, consoante o art. 26, I, da Lei 8.213/1991).

No tocante aos dependentes do segurado falecido, o direito à pensão por morte encontra-se disciplinado na Lei nº 8.213/91, art. 16, *in verbis*: “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente”.

Vale lembrar que esse benefício é devido ao conjunto de dependentes do de cujus que reúnam as condições previstas nos art. 77 da Lei 8.213/1991, obviamente cessando para o dependente

que não mais se enquadre nas disposições desse preceito normativo. Nem mesmo a constatação de dependente ausente obsta a concessão da pensão, cabendo sua habilitação posterior (art. 76 da Lei 8.213/1991).

Por sua vez, o § 4º desse mesmo artigo estabelece que “a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

Sinalizo que essa dependência econômica não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a parte autora tenha outros meios de complementação de renda. Sobre isso, a Súmula 229, do extinto E.TFR, ainda reiteradamente aplicada, é aproveitável a todos os casos (embora expressamente diga respeito à dependência da mãe em relação a filho falecido), tendo o seguinte teor: “a mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva.”

Nesse sentido, também não impede a concessão do benefício em tela o fato de o dependente receber aposentadoria, pois o art. 124 da Lei nº 8.213/1991 não veda a acumulação da pensão por morte com aposentadoria, quando presentes os requisitos legais. Nega, apenas, a acumulação de mais de uma pensão, deixada por cônjuge ou companheiro, assegurado o direito de se optar pelo pagamento da mais vantajosa.

Ademais, o rompimento da relação conjugal, de fato ou de direito, não se constitui em óbice à percepção da pensão por morte, desde que mantida a dependência econômica. Isso porque a legislação previdenciária não pode desabrigar a ex-esposa ou ex-companheira, se essa tem direito a alimentos, motivo pelo qual se faz imprescindível estabelecer o nexo de dependência entre a parte-requerente e o de cujus, inclusive nos casos em que há renúncia aos alimentos na separação judicial ou no divórcio. Essa é a orientação do E. STJ, como se pode notar no RESP 177350/SP, DJ de 15/05/2000, pág. 0209, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, no qual resta assentado o seguinte: “desde que comprovada a ulterior necessidade econômica, o cônjuge separado judicialmente, ainda que tenha dispensado a pensão alimentícia, no processo de separação, tem direito à percepção de pensão previdenciária em decorrência do óbito do ex-marido”, entendimento esse que culminou no enunciado da Súmula nº 336 do C.STJ, *in verbis*: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”. É também por esses motivos que novas núpcias não impedem o acesso à pensão por morte do ex-marido ou ex-companheiro, se da nova relação não decorre independência econômica para a ex-esposa ou ex-companheira. Assim foi o entendimento do C. STJ no RESP 223809/SC, DJ de 26/03/2001, pág. 0444, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unânime, cujo teor dispõe que “o direito à pensão por morte do marido não se extingue com o novo casamento da viúva, se não foi oportunizado à beneficiária comprovar, por processo regular, que do casamento não resultou melhoria na situação econômico-financeira. Súmula 170-TFR.”. Essa também é a orientação desta E. Corte, como se pode notar na AC 93.03.035919-4/SP, DJ de 25/09/1996, pág. 71998, Rel. Des. Federal Aricê Amaral, 2ª Turma, unânime, em que foi decidido que “a convalidação de novas núpcias não tira o direito a mulher de perceber pensão por morte do primeiro marido, desde que, desta nova união, não resulte situação de independência econômica que torne dispensável o pagamento do benefício e, desde que, comprovada a condição de segurado da previdência social.”

Por fim, a inscrição dos dependentes do de cujus junto ao INSS não prejudica o direito ao requerimento ulterior de benefícios, desde que demonstrada a dependência e comprovados os demais requisitos, conforme expressa disposição do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.213/1991.

No caso em exame, tendo em vista que a qualidade de segurado não foi objeto de recurso, passo à análise do requisito dependência econômica.

A autora era esposa do falecido (fls. 12). Não consta qualquer averbação de separação ou divórcio na Certidão de Casamento, não havendo que se falar em prova da efetiva existência de dependência econômica, uma vez que esta é presumida, a teor do disposto no art. 16, § 4º, da Lei de Benefícios.

Havendo mais de um dependente habilitado, o benefício deve ser concedido *pro rata*. Data de início do benefício em 24/03/2006 (fls. 31).

Com relação aos honorários de advogado, fixo-os em 10% sobre o valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça rateados entre a parte ré.

Cumpre esclarecer que a correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observada a prescrição quinquenal, sendo que, a partir de 11.08.2006, deve ser considerado o INPC como índice de atualização dos débitos previdenciários, nos termos do artigo 31 da Lei nº 10.741/2003, c.c. o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430 de 26.12.2006, não se aplicando no que tange à correção monetária as disposições da Lei nº 11.960/09 (AgRg no Resp 1285274/CE - Resp 1270439/PR).

Em relação aos juros de mora, são aplicados os índices na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, sendo devidos desde a citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores, e incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AGR 492.779/DF).

Nos termos do art. 124 da Lei nº 8.213/91 não há vedação à cumulação da pensão deixada por companheiro e filho.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557 do CPC, *DOU PROVIMENTO à apelação da parte autora*, para conceder a pensão por morte a Maria Aparecida da Silva Nascimento, nos termos da fundamentação.

Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

Publique-se. Intime-se.

Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito dos tribunais. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.**

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000112-06.2012.4.03.6118
(2012.61.18.000112-0)

Apelante: MARIA VITALINA DE ARAUJO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AC 1838280
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C DO CPC. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. AGRAVO LEGAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A decisão proferida nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, mantida integralmente pelo v. acórdão proferido em sede de agravo (CPC, artigo 557, § 1º), anulou a r. sentença e determinou a remessa dos autos à Vara de origem, bem como fixou prazos para suspensão do curso do processo, a fim de que a parte autora pudesse requerer administrativamente o benefício e, em seguida, se não houvesse manifestação do INSS ou fosse indeferido o benefício, o feito tivesse regular processamento.
2. A questão da necessidade de prévio requerimento administrativo como condição para o regular exercício do direito de ação - objeto de muita discussão no passado - foi definitivamente dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 631.240, em 3/9/2014 (ementa publicada em 10/11/2014), sob o regime de repercussão geral.
3. Sem margem a dúvidas, o Colendo Supremo Tribunal Federal: (i) considerou constitucional a exigência de requerimento administrativo prévio; (ii) fixou regras transitórias para as ações judiciais em trâmite, sem precedência de processo administrativo.
4. No caso dos autos, como a ação está em curso e não houve contestação de mérito do INSS, incide a hipótese de *sobrestamento* do processo, consoante *item 6* do v. acórdão proferido no RE nº 631.240, observando-se a sistemática estabelecida nos itens 7 e seguintes do mesmo julgado.
4. Decisão anterior parcialmente reconsiderada, para fixar os prazos de suspensão do feito em conformidade com o entendimento das Cortes Superiores.
5. Agravo legal parcialmente provido em juízo de retratação (art. 543-C).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, com fundamento no artigo 543-C do CPC, em juízo de retratação, dar parcial provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de julho de 2015.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

Trata-se de ação proposta em face do INSS, na qual a parte autora pleiteia a concessão de benefício assistencial de prestação continuada.

Em julgamento colegiado, a 9ª Turma deste Tribunal manteve a decisão monocrática anteriormente proferida, a qual *anulou* a r. sentença e determinou a *remessa dos autos* à Vara de origem, com a suspensão do curso do processo, a fim de que a parte autora pudesse *requerer administrativamente* o benefício e, em seguida, se não houvesse manifestação do INSS ou fosse indeferido o benefício, o feito *tivesse regular processamento*.

Em razão do decidido no RE nº 631.240/MG e no REsp nº 1.369.834/SP, retornaram os autos a esta Turma, por determinação da E. Vice-Presidência deste Tribunal, em conformidade com o disposto no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, para apreciação de possível dissonância da decisão recorrida com o entendimento consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

A parte autora, às fls. 166/170, apresenta petição com novos documentos médicos.

É o breve e necessário relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

A decisão proferida nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, mantida integralmente pelo v. acórdão proferido em sede de agravo (CPC, artigo 557, § 1º), anulou a r. sentença e determinou a remessa dos autos à Vara de origem, bem como fixou prazos para suspensão do curso do processo, a fim de que a parte autora pudesse requerer administrativamente o benefício e, em seguida, se não houvesse manifestação do INSS ou fosse indeferido o benefício, o feito tivesse regular processamento

Entretanto, quanto aos prazos fixados, a decisão *não* subsiste.

Com efeito, a questão da necessidade de prévio requerimento administrativo como condição para o regular exercício do direito de ação - objeto de muita discussão no passado - foi definitivamente dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 631.240, em 3/9/2014 (ementa publicada em 10/11/2014), sob o regime de repercussão geral *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de

prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.

Sem margem a dúvidas, o Colendo Supremo Tribunal Federal: (i) considerou constitucional a exigência de requerimento administrativo prévio; (ii) fixou regras transitórias para as ações judiciais em trâmite, sem precedência de processo administrativo.

No caso dos autos, como a ação está em curso e não houve contestação de mérito do INSS, incide a hipótese de *sobrestamento* do processo, consoante *item 6* do v. acórdão proferido no RE nº 631.240, observando-se a sistemática estabelecida nos itens 7 e seguintes do mesmo julgado.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.369.834 sob o regime do artigo 543-C do CPC, decidiu a questão no mesmo sentido *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR AO QUE DECIDIDO PELO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 631.240/MG, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240/MG, sob rito do artigo 543-B do CPC, decidiu que a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo, evidenciando situações de ressalva e fórmula de transição a ser aplicada nas ações já ajuizadas até a conclusão do aludido julgamento (03/9/2014).
2. Recurso especial do INSS parcialmente provido a fim de que o Juízo de origem aplique as regras de modulação estipuladas no RE 631.240/MG. Julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC.

(REsp nº 1.369.834, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 24/9/14, v.u., DJe 1º/12/14)

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, *dou parcial provimento* ao agravo legal para adotar como razão de decidir o entendimento acima consignado quanto aos prazos de suspensão de processo e de manifestação do INSS.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0003707-86.2012.4.03.6126

(2012.61.26.003707-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 157/169

Apelante: WANDERLEY ANTONIO DE SOUZA CAMPOS

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: AMS 341197

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/06/2015

EMENTA

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. EPI. PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO.

I - Vale ressaltar que o uso de equipamentos de proteção individual – EPI *não é suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade*, a não ser que comprovada a real efetividade do aparelho na neutralização do agente nocivo, sendo que, em se tratando, especificamente, do agente ruído, não há, no momento, equipamento capaz de neutralizar a nocividade gerada pelo referido agente agressivo. Nesse sentido, quadra mencionar o julgamento realizado, em sessão de 4/12/14, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC*, de Relatoria do E. Ministro Luiz Fux.

II - Quadra registrar, adicionalmente, que a Corte Suprema, ao apreciar a Repercussão Geral acima mencionada, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de prévia fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial. O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar: “Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei nº 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição”.

III - O art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

IV - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de junho de 2015.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto contra a decisão proferida pelo então Juiz Federal Convocado David Diniz, hoje Desembargador Federal desta Corte, então Relator do feito, nos termos do art. 557, do CPC que, nos autos de mandado de segurança visando ao reconhecimento de tempo especial, bem como à concessão de aposentadoria especial, ou, subsidiariamente, à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, deu parcial provimento à apelação do impetrante, para conceder parcialmente a segurança, determinando o reconhecimento e averbação do período de 19/11/03 a 13/4/10, como tempo de labor especial, bem como concedeu a aposentadoria por tempo de contribuição integral, desde a data do requerimento administrativo. Inconformado, agravou o INSS, pleiteando a reforma da decisão. Sustentou que no período de 19/11/03 a 13/4/10 houve utilização regular de EPI, não se podendo falar, por conseguinte, em exposição a condições especiais. Alegou, ainda, que:

Dessa forma, comprovado que não há, no caso analisado, prévia fonte de custeio para a concessão do benefício que ora se persegue, bem como violado o princípio da contributividade na previdência, e da extensão do benefício especial somente a quem efetivamente está submetido a atividades agressoras a sua saúde, confia que a especialidade do labor não será reconhecida, sendo a presente demanda julgada totalmente improcedente (fls. 181).

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Razão não assiste ao agravante.

Conforme decidiu o Exmo. Juiz Federal Convocado David Diniz, hoje Desembargador Federal desta Corte, então Relator do feito, a fls. 157/169, *in verbis*:

Trata-se de mandado de segurança, impetrado aos 29.06.12, para que a autoridade coatora seja compelida a converter períodos de labor comum em especial, considerar como especial a atividade desenvolvida no período de 06.03.97 a 13.04.10, somando-os aos demais períodos de labor especiais já reconhecidos pelo INSS, a fim de conceder a aposentadoria especial ao impetrante, desde a data do requerimento administrativo, com valores em atraso. Subsidia-

riamente, requereu a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Documentos.

Assistência judiciária gratuita (fls. 85).

Informações do impetrado (fls. 93-103).

O Ministério Público Federal deixou de se pronunciar sobre o mérito (fls. 105-106).

A sentença, prolatada aos 30.08.12, denegou a segurança. Sem honorários advocatícios. Custas *ex lege* (fls. 108-114).

O impetrante apelou (fls. 119-148).

Sem contrarrazões (fls. 150).

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

O Ministério Público Federal, em Segunda Instância, opinou pelo parcial provimento da apelação, para que seja reconhecido o direito à contagem de tempo especial referente ao período de 06.03.97 a 13.04.10 e seja concedida a aposentadoria por tempo de contribuição (fls. 153-156).

DECIDO

O artigo 557, *caput* e/ou § 1º-A, do CPC, com a redação dada pela Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o Relator, por meio de decisão monocrática, negar seguimento ao recurso ou lhe dar provimento, considerando-se o posicionamento jurisprudencial dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Esta é a hipótese vertente.

DAS ATIVIDADES COM ANOTAÇÕES FORMAIS

Depreende-se da cópia da CTPS acostada, que o demandante manteve vínculos empregatícios, nos períodos de 02.06.76 a 26.11.76, 26.09.78 a 01.03.82, 03.05.82 a 19.05.83, 28.09.83 a 31.08.84, 01.10.84 a 27.06.86, 01.10.86 a 29.04.91 e de 04.04.94 com data de saída em aberto (fls. 52-66).

Recolhem-se, na hipótese, os efeitos do art. 19 do Decreto 3.048/1999: anotação em CTPS vale para todos os efeitos como prova de filiação à Previdência Social, relação de emprego, tempo de serviço ou de contribuição e salários de contribuição.

Outrossim, tais registros gozam de presunção *juris tantum* de veracidade (Enunciado 12 do TST).

DIGRESSÕES SOBRE ATIVIDADES ESPECIAIS

Até a edição da Lei 9.032, de 28.04.95, arrogava-se presunção *juris et jure* à proposição “ocupar-se em uma das profissões arroladas nos Anexos da normatização previdenciária implica exposição do trabalhador a agentes nocivos”, ou, o exercício de um dado ofício, constante dos róis daqueles Anexos, pressupunha imaneente submissão a condições insalubres, penosas ou perigosas (STJ - 5ª T., AgRgREsp. 794092, Rel. Min. Laurita Vaz, v. u., DJU 28.05.07, p. 394; STJ - 5ª T., REsp. 513329, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v. u., DJU 11.12.06, p. 407; STJ - 6ª T., REsp. 579202, Rel. Min. Paulo Gallotti, v. u., DJU 17.10.05, p. 356; TRF - 3ª Região, 9ª T., AC 898935, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v. u., DJU 16.08.07, p. 471).

Constituíam exceções temporais ao sobredito conceito situações para as quais, à guisa de exemplo, “ruído”, “poeira” e “calor” caracterizavam-se como elementos de nocividade. Independentemente da época da prestação da labuta, em circunstâncias desse jaez, para correta constatação da interferência dos agentes em alusão na atividade, sempre se fez imprescindível a elaboração de laudo técnico pericial: (STJ - 5ª T., REsp 689195-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v. u., j. 07.06.05, DJU 22.08.05, p. 344).

Para além disso, na demonstração de tempo especial, há de se observar a legislação em vigor à época dos préstimos laborais, uma vez que o tempo de serviço é incorporado pelo obreiro dia a dia, mês a mês, e não somente por ocasião do requerimento do beneplácito (princípio *tempus regit actum*).

A não obediência da normatização vigente por ocasião da labuta realizada propende ao fenômeno da retroação, impondo exigências inexistentes quando do momento em que, efetivamente, deu-se o trabalho (STJ - 5ª T., AgREsp 662658, Rel. Min. Felix Fischer, v. u., DJU 04.04.05,

p. 342; STJ - 6ª T., REsp 640947, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v. u., DJU 25.10.04, p. 417 e STJ - 5ª T., AgREsp 545653, Rel. Min. Gilson Dipp, v. u., 02.08.04, p. 507).

Existe, no entanto, corrente que diz ser forçosa a apresentação de laudo, a contar da edição do Decreto 2.172/97, o qual teria “regulamentado” a Medida Provisória 1.523 em exame, diploma em que, pela primeira vez, aparece a determinação.

“Regulamento”, contudo, consubstancia complexo de diretrizes completivas à execução das leis. Logo, a asserção de que o Decreto 2.172/97 teria “regulamentado” a Medida Provisória 1.523/96 valeria, somente, para a parte em que traz anexada a relação dos agentes nocentes. É que, até então, em virtude da ausência de definição por parte do Poder Público sobre o rol em pauta, ainda se utilizavam os constantes dos Decretos 83.080/79 e 53.831/64 (Decreto 611/92, art. 292). Não, porém, para a exigência de laudo técnico-pericial, porquanto, no que tange a essa específica determinação, a Medida Provisória 1.523/96 fez-se indiscutivelmente clara ao reescrever o art. 58 da Lei 8.213/91, no sentido de que: “A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho”, consoante expresso no § 1º do comando legal em estudo, que não apresenta qualquer dificuldade interpretativa/factível. Outros há que referem que sequer com o Decreto 2.172/97 tornou-se possível exigir o laudo técnico-pericial, haja vista que a matéria referente ao estabelecimento de lista de elementos prejudiciais afeiçoar-se-ia apenas à lei, sendo-lhe estranha a via do regulamento. Assim, só com a edição da Lei 9.528/97 é que se faria indispensável o laudo pericial em alusão.

Mas, sendo o regulamento, a teor de seu enunciado semântico/jurídico, ato de competência exclusiva do Poder Executivo, editado para proporcionar cabal aplicabilidade da lei, de modo a complementá-la, nos pontos em que, por sua natureza, mostra-se abstrata e impessoal, revela-se, sim, meio próprio ao arrolamento dos elementos de essência extrajurídica, ruinosos da saúde e da integridade física dos pretendentes à aposentadoria especial. Tanto que, até o indigitado Decreto 2.172/97, para o desiderato em epígrafe, concordava-se que regiam o assunto os Decretos 83.080/79 e 53.831/64.

E desde a edição da primitiva Medida Provisória 1.523, em 11.10.96, o mote inerente à imprescindibilidade de laudo técnico-pericial foi tratado, inclusive nas suas diversas reedições, a par da Medida Provisória 1.596-14, de 10.11.97, que convalidou os atos das várias edições passadas da MP 1.523 e foi convertida na Lei 9.528/97, sem sofrer solução de continuidade. Mencione-se, ademais, o preceito 651 do STF:

(...)

OBSERVAÇÕES QUANTO AO AGENTE NOCIVO RUÍDO

Mencione-se que o nível de ruído caracterizador da nocividade das feitura praticadas é de 80 decibéis até 5.3.97 (edição do Decreto 2.172/97), após, de 90 dB, até 18.11.03 (edição do Decreto 4.882/03), quando houve uma atenuação, sendo que o índice passou a ser de 85 dB, nos termos pacificados pela jurisprudência, v. g.: STJ, 6ª T., AgREsp 727497, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v. u., DJU 01.08.05, p. 603; TRF 3ª R., 10ª T AC 1518937, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, v.u., CJ1 14.03.12; TRF 3ª R., 7ª T.AC 849874, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, v. u., CJ1 30.03.10, p. 861; TRF 3ª R., 9ª T., AI 291692, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v. u., DJU 16.08.07, p. 475; bem como de conformidade com as Súmulas nº 32, da TNU, e nº 29, da AGU.

DO CASO CONCRETO

Em análise administrativa, a autarquia reconheceu o caráter especial das atividades desenvolvidas nos períodos de 01.10.84 a 27.06.86, 01.10.86 a 29.04.91 e de 04.04.94 a 05.03.97 (fls. 78).

Feitas tais ponderações, revela-se preciso examinar a ocupação da parte no período controverso, à vista das sobreditas normas de regência da espécie, com o fito de se averiguar a

viabilidade de classificá-la como danosa à sua saúde ou integridade física.

Empresa: Vertex Comércio e Indústria Ltda

Período de 06.03.97 a 13.04.10

Funções: Torneiro Mecânico

Setores: Fabricação

Documentação: Perfil Profissiográfico Previdenciário (fls. 70-71).

Consoante o Perfil Profissiográfico Previdenciário, o impetrante desempenhou a função supracitada, no interregno sub judice, pelo que esteve exposto, de forma habitual e permanente, a ruído de 88,2 dB.

Assim, o labor desenvolvido pelo impetrante, no período de 19.11.03 a 13.04.10, se enquadra no Decreto 4.882/03, que assim disciplina:

“Código 2.0.1 - Ruído - Exposição a Níveis de Exposição Normalizados (NEN) superiores a 85 decibéis”.

Dessa forma, resta caracterizado como especial, na forma pleiteada na exordial, a teor do supramencionado Decreto, o interregno de 19.11.03 a 13.04.10.

O interstício de 06.03.97 a 18.11.03 não pode ser reconhecido como especial, pois no interregno o impetrante estava exposto a ruídos de 88,2 dB e a legislação da época exigia o mínimo de 90 dB.

DA VALIDADE DO PPP PARA COMPROVAÇÃO DO TRABALHO ESPECIAL

Destaque-se a validade do Perfil Profissiográfico Previdenciário para comprovação da especialidade das funções, porquanto consta o nome dos responsáveis pelos registros ambientais, desde 1981 até a data de emissão do PPP.

Dispõe o § 1º do art. 58 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.732/98, *in verbis*:

(...)

No caso, o aludido formulário de que trata o referido § 1º, é o Perfil Profissiográfico Previdenciário, instituído pela IN - INSS/DC 96/2003, *in verbis*:

(...)

“Art. 148. A comprovação do exercício de atividade especial será feita pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário-PPP, emitido pela empresa com base em laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança, conforme o Anexo XV desta Instrução Normativa ou alternativamente até 31 de dezembro de 2003, pelo formulário DIRBEN-8030 (antigo SB - 40, DISES-BE 5235, DSS-8030), observado o disposto no art. 187-A e no § 2º do art. 199 desta Instrução.

§ 1º Fica instituído o PPP, que contemplará, inclusive, informações pertinentes aos formulários em epígrafe, os quais deixarão de ter eficácia a partir de 1º de janeiro de 2004, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.”

(...) (g.n.)

In casu, não se há falar em invalidade do Perfil Profissiográfico Previdenciário e de necessidade de apresentação de laudo pericial, porquanto a legislação de regência determina que o labor especial deve ser reconhecido por meio do PPP, o qual é preenchido com base em laudo técnico, realizado por profissional médico em segurança do trabalho ou engenheiro de segurança, como é o caso dos autos.

Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da faina especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Reúne as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

No que se refere aos agentes químicos e ruído, o PPP comprova a especialidade do labor, desde que indique o profissional competente pela medição e os níveis de exposição aos agentes nocivos considerados como insalubre, nos termos das normas emitidas pelo MTE.

Nesse sentido, a IN INSS 45/2010:

“Art. 271. O PPP constitui-se em um documento histórico-laboral do trabalhador que reúne, entre outras informações, dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica, durante todo o período em que este exerceu suas atividades e tem como finalidade:

I - comprovar as condições para habilitação de benefícios e serviços previdenciários, em especial, o benefício de auxílio-doença;

II - prover o trabalhador de meios de prova produzidos pelo empregador perante a Previdência Social, a outros órgãos públicos e aos sindicatos, de forma a garantir todo direito decorrente da relação de trabalho, seja ele individual, ou difuso e coletivo;

III - prover a empresa de meios de prova produzidos em tempo real, de modo a organizar e a individualizar as informações contidas em seus diversos setores ao longo dos anos, possibilitando que a empresa evite ações judiciais indevidas relativas a seus trabalhadores; e

IV - possibilitar aos administradores públicos e privados acessos a bases de informações fidedignas, como fonte primária de informação estatística, para desenvolvimento de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como definição de políticas em saúde coletiva”.

(...)

Outrossim, a jurisprudência desta Corte destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a faina nocente:

(...)

Assim, o intervalo em questão merece ser considerado como especial.

DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

Acerca do denominado “E.P.I.”, ou Equipamento de Proteção Individual, e a supressão da nocividade por causa do seu emprego, a jurisprudência é tranqüila de que:

“PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. EXERCÍCIO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE FORMULÁRIO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE ATÉ O DECRETO 2.172/97 - RUÍDOS ACIMA DE 80 DECIBÉIS CONSIDERADOS ATÉ A VIGÊNCIA DO REFERIDO DECRETO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. SIMPLES FORNECIMENTO. MANUTENÇÃO DA INSALUBRIDADE. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR Nº 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

3. O fato de a empresa fornecer ao empregado o Equipamento de Proteção Individual - EPI, ainda que tal equipamento seja devidamente utilizado, não afasta, de per se, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial, devendo cada caso ser apreciado em suas particularidades.

5. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ - 5ª Turma, REsp 720082, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v. u., DJU 10/4/2006, p. 279)

(...)

Assim, não é o tão só fato de ter sido disponibilizado o equipamento protetório em pauta ao demandante, e este, por sua vez, dele ter feito uso, que se há por considerar descaracterizada a perniciosidade.

ATIVIDADE ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM TEMPO COMUM

Quanto à conversão de tempo de serviço, destaque-se o Decreto 63.230/68 (art. 3º, §§ 1º e 2º), em que, pela primeira vez, fez-se alusão à possibilidade de se a empreender.

A disposição em voga voltou a aparecer no Decreto 72.771/73, art. 71, § 2º. Retornou, *expressis verbis*, somente no Decreto 83.080/79, consoante art. 60, § 2º.

Advirta-se que os regramentos adrede eram autorizadores da conversão entre “duas ou mais atividades perigosas, insalubres ou penosas”. Não, porém, entre atividades exercidas em condições especiais e as ditas prestadas em situações comuns.

Esse *status quo* foi modificado com a edição da Lei 6.887, de 10 de dezembro de 1980, cujo art. 2º referiu:

“Art. 2º. A Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, com as modificações introduzidas posteriormente, passa a vigorar com as seguintes alterações”:

(...)

No Decreto 89.312/84 observou-se:

(...)

A permissividade em exame restou preservada na Lei 8.213/91, de acordo com a redação original do seu art. 57, § 3º, e nos Decretos 357/91 e 611/92, cujo art. 64, de idêntico teor em ambos diplomas, acresceu uma “tabela de conversão”.

Com o advento da Lei 9.032/95, que introduziu o § 5º ao citado art. 57, a plausibilidade de transmutação passou a operar-se somente nas hipóteses de atividade especial para comum.

Com o advento da Lei 9.032/95, que introduziu o § 5º ao citado art. 57, a plausibilidade de transmutação passou a operar-se somente nas hipóteses de atividade especial para comum.

Mas as modificações estabelecidas pela Lei 9.032/95 não vigorariam de forma retroativa, uma vez que, convém repisar, para todos efeitos, observar-se-iam as legislações em vigência por ocasião do exercício das lides, das quais se desejava contagem e/ou conversão.

Em 28.05.98, porém, toda espécie de convolação foi suprimida, *ex vi* da Medida Provisória 1.663-10 (art. 28):

(...)

A vedação perdurou nas reedições da citada MP, de 26.06.98 (1.663-11, art. 28), 27.07.98 (1.663-12, art. 28), 26.08.98 (1.663-13, art. 31), 24.09.98 (1.663-14, art. 31) e de 22.10.98 (1.663-15, art. 32).

A Medida Provisória 1.663-15, de 22.10.98, foi convertida na Lei 9.711, de 20.11.98, e, na hipótese, não houve manifesta revogação do § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91. Contudo, exprimiu o art. 28 da Lei 9.711/98 em comento que:

(...)

Aos 15.12.98, adveio a Emenda Constitucional 20 que, ao cuidar do tema em referência, estabeleceu, no seu art. 15, que:

(...)

Desse arcabouço legislativo, pode-se concluir que, até a edição da Lei 8.213/91, era possível converter-se tempo especial em comum e tempo comum em especial.

A faculdade em questão durou até 28.04.95, quando a Lei 9.032 extirpou a transformação de tempo comum para especial.

De 28.04.95 até 28.05.98, momento em que veio à lume a Medida Provisória 1663 (10ª reedição), foi possível converter tempo especial em comum.

Já do marco em que editada a Medida Provisória em alusão, isto é, de 28.05.98 (e durante suas várias reedições) até 20.11.98 (data da edição da Lei 9.711, na qual foi convertida), a pretensão deixou de ser legalmente viável.

A Lei 9.711/98, como visto, apenas transferiu ao Poder Executivo o estabelecimento de critérios para a conversão do tempo especial em comum trabalhado até 28 de maio de 1998.

Quanto à Emenda Constitucional 20/98 limitou-se a reafirmar os textos dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91, conforme estavam em vigência, por ocasião em que editada.

Como consequência, seja por força da Medida Provisória 1.663, de 28.05.98, seja por força da Lei 9.711/98 (art. 28), restou delimitado o termo *ad quem* de 28.05.98 como oportuno à mudança do tempo especial laborado até então para o comum.

Nos termos acima expostos, inviável o reconhecimento como especial do período posterior a 28.05.98.

OBSERVAÇÃO

Como visto, vinha entendendo, conforme ponderações adrede expressadas, no tocante à natureza da faina especial, que: a) até 28.04.95, edição da Lei 9.032, a especialidade da feitura advinha da profissão do trabalhador, à exceção dos fatores perniciosos ruído e calor; b) à comprovação da prejudicialidade, aplicável o axioma *tempus regit actum*, e c) a apresentação

do laudo pericial fez-se imprescindível a partir da Medida Provisória 1.523, de 11.10.96. Já sobre a convalidação do tempo especial em comum: a) que o primeiro diploma a viabilizar a transformação foi a Lei 6.887, de 10.12.80 (regramentos anteriores autorizavam conversão somente entre duas ou mais atividades perigosas); b) que, com a Lei 9.032/95, apenas a transmutação de atividade especial para comum remanesceu, sendo defesa, todavia, a retroação dos efeitos da norma em testilha, e c) que, a contar de 28.05.98, por força da Medida Provisória 1.663-10, toda espécie de conversão tornou-se impraticável.

Entrementes, com respeito ao assunto, ao longo do tempo a jurisprudência majoritária veio se solidificando no sentido de que:

(...)

Também: STJ, 5ª T., REsp 1108945, Rel. Min. Jorge Mussi, v. u., DJE 03.08.09 e STJ, 6ª T., AgRgREsp 739107, Rel. Min. Og Fernandes, v. u., DJE 14.12.09.

Relativamente às Turmas deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, convergindo com os julgados supra, do Superior Tribunal de Justiça: 7ª T., AC 1049859, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, v. u., DJF3 CJ2 24.07.09, p. 510; 8ª T., AMS 322327, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, v. u., DJF3 CJ1 27.07.10, p. 874; 9ª T., APELREE 809634, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v. u., DJF3 CJ1 30.09.09, p. 1.619 e 10ª T., AgRgAPELREE 1450824, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, v. u., DJF3 CJ1 02.12.09, p. 3.072.

Ainda: Ação Rescisória de minha relatoria, nº 2995, proc. 2003.03.00.028791-9, julgada pela 3ª Seção desta Casa aos 27.03.08 (DJF3 04.06.08) e Embargos Infringentes nº 0005201-70.2003.4.03.6103, julgado em 22.07.10 (DJF3 05.11.10), igualmente de minha relatoria, e em tudo semelhantes aos feitos mencionados, onde fui vencida, tendo sido rejeitada minha tese em detrimento do raciocínio exprimido nas disposições jurisprudenciais trazidas neste momento. Por fim, a Súmula 50 da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial (TNU), de 15.03.12:

(...)

Considerada, destarte, essa novel forma de resolução da matéria, curvo-me, pois, aos posicionamentos encimados, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, além do sumular, a fim de, doravante, julgar possível a transmutação de tempo especial em comum, seja antes da Lei 6.887/80 seja após maio/1998.

ATIVIDADE COMUM. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM TEMPO ESPECIAL UNICAMENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL

Pretende o impetrante a conversão de atividade comum em especial, relativa aos interregnos de 02.06.76 a 26.11.76, 26.09.78 a 01.03.82, 03.05.82 a 13.03.83 e de 28.09.83 a 01.09.84, para fins de concessão de aposentadoria especial.

À época do préstimo laboral, dispunha a Lei 8.213/97, em sua redação original, *in verbis*:

(...)

Destaque-se que os Decretos 83.080/79 e 89.312/84, que consolidavam as antigas Leis da Previdência Social, disciplinavam da mesma forma.

Com o advento da Lei 9.032/95, alterou-se a redação do § 3º do art. 57 da Lei 8.213/91:

Com o advento da Lei 9.032/95, alterou-se a redação do § 3º do art. 57 da Lei 8.213/91

(...)

Destarte, constata-se a possibilidade de conversão de tempo comum em especial, para períodos de labor anteriores ao advento da Lei 9.032/95, em razão da observância do Princípio Tempus Regit Actum. Proibir a conversão requerida, para casos tais, consubstancia retroagir a Lei 9.032/95, com o fito de atingir situações pretéritas, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que a aludida conversão deve ser dar unicamente para compor a base da aposentadoria especial.

Nesse sentido:

(...)

O não reconhecimento do caráter especial da atividade desenvolvida no período de 06.03.97 a 18.11.03 impede a concessão da aposentadoria especial, não se havendo falar, nestes autos,

de conversão dos períodos comuns em especial.

DA CONCLUSÃO

O conjunto probatório estudado, nos autos, demonstra que a atividade desenvolvida no interstício de 19.11.03 a 13.04.10, devem ser consideradas como especiais, com possibilidade de conversão para tempo comum.

Considerado o período de trabalho comprovado até a data do requerimento administrativo, verifico que o impetrante possui 36 (trinta e seis) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de tempo de contribuição, de modo que preenche os requisitos para a concessão de aposentadoria integral por tempo de contribuição, nos termos do art. 201, § 7º, inc. I da CF/88, desde a data do requerimento administrativo, com valor a ser calculado pelo INSS, segundo a legislação vigente à época do requerimento administrativo.

Contudo, quanto pagamento das prestações vencidas desde a cessação do benefício, impende assinalar que encontra óbice na Súmula 269 do E. STF, a qual afirma que o mandamus não é substituto de ação de cobrança.

Outrossim, não seria possível, neste rito célere, proceder-se à liquidação do julgado para posterior execução de título executivo judicial, para apurar-se o montante dos valores. Tal somente é de se admitir em sede de ação de rito ordinário.

DISPOSITIVO

Posto isso, com fundamento no art. 557, *caput* e/ou § 1º-A do CPC, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO IMPETRANTE para conceder parcialmente a segurança, a fim de determinar à autoridade impetrada que reconheça e averbe, como trabalhado em condição especial, o interregno de 19.11.03 a 13.04.10, e conceda a aposentadoria por tempo de contribuição integral, desde a data do requerimento administrativo (21.03.12 - NB 159.847.786-0). Descabimento, nesta via, de execução das prestações vencidas (Súmula 269 do E. STF). Indevidos honorários advocatícios (Súmula 512 do E. STF). Custas *ex lege*.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos à primeira instância.

Intimem-se. Publique-se. (grifos meus)

Vale ressaltar que o uso de equipamentos de proteção individual - EPI *não é suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade*, a não ser que comprovada a real efetividade do aparelho na neutralização do agente nocivo, sendo que, em se tratando, especificamente, do agente ruído, não há, no momento, equipamento capaz de neutralizar a nocividade gerada pelo referido agente agressivo. Nesse sentido, quadra mencionar o julgamento realizado, em sessão de 4/12/14, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC*, de Relatoria do E. Ministro Luiz Fux, no qual foram fixadas duas teses, *in verbis*:

1ª tese: “o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. *Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.*” (grifos meus)

2ª tese: “na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, *não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.*” (grifos meus)

Ressalto, adicionalmente, que a Corte Suprema, ao apreciar a Repercussão Geral acima mencionada, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de prévia fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial. O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar:

Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei nº 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição.

Observo que o art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003050-36.2013.4.03.6183
(2013.61.83.003050-1)

Apelante: MAURO BATISTA BORGES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 2033331
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2015

DECISÃO

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento da natureza especial das atividades indicadas na inicial, com a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição que recebe em aposentadoria especial. Requer ainda a averbação do tempo de serviço decorrente dos contratos de trabalho anotados em CTPS, e a conversão do tempo remanescente de atividade comum em especial.

O Juízo de 1º grau julgou extinto o processo sem resolução do mérito, em relação ao reconhecimento da atividade especial já reconhecida no processo administrativo de concessão do benefício, por falta de interesse de agir; e julgou improcedente o pedido de reconhecimento da atividade especial no período de 01/07/1974 a 20/07/1976 (não reconhecido na via administrativa), a conversão do tempo remanescente de atividade comum em especial e também a conversão do benefício em aposentadoria especial. Verba honorária fixada em 10% do valor da causa, observada a concessão da gratuidade da justiça.

Sentença proferida em 02/10/2014.

Foram opostos embargos de declaração relativos à análise da conversão do tempo comum em especial, rejeitados pelo juízo.

O autor apelou, pleiteando seja reconhecido o direito de recebimento de benefício mais vantajoso, uma vez que o próprio INSS já reconheceu, na via administrativa, o direito à aposentadoria especial, a partir do requerimento. Alega que o interesse de agir remanesce quanto à conversão da modalidade de aposentadoria, sendo desnecessário o prévio requerimento administrativo. Atendido o pedido, requer a alteração da verba honorária, com sua fixação em 15% do valor das prestações vencidas até a data da sentença, a ser paga pela autarquia.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Aplico o disposto no art. 557 do CPC, por se tratar de matéria pacificada na jurisprudência dos Tribunais.

Restrinjo a análise dos autos aos pontos controvertidos em apelação, pelo princípio da devolutividade restrita do recurso.

E a questão ora trazida diz com a possibilidade de modificação da modalidade de benefício recebido após ter ocorrido a opção na via administrativa.

Explico.

O autor ingressou com requerimento administrativo pleiteando a concessão da aposen-

tadoria por tempo de contribuição em 30/03/2010.

Conforme se verifica da cópia do processo administrativo constante dos autos, a autarquia constatou que o autor teria direito à aposentadoria especial e também à aposentadoria por tempo de contribuição. Assim, foi proferido o seguinte despacho na carta de exigência de fls. 69:

O segurado possui tempo especial suficiente para a concessão de aposentadoria especial, porém não fez essa opção no ato do protocolo - portanto, perguntamos se tem interesse na concessão da aposentadoria especial ou se mantém a aposentadoria por tempo de contribuição. Caso haja dúvidas entre as duas, comparecer no setor de orientação e informação para esclarecimentos.

O autor se manifestou, declarando não ter interesse na concessão da aposentadoria especial, conforme se constata às fls. 171.

O que resta analisar é a necessidade de prévio requerimento administrativo para a revisão ora pleiteada, e a possibilidade ou não de reversão da opção efetuada na via administrativa.

Quanto ao prévio requerimento administrativo, como a autarquia contestou o pedido, sua ausência fica suprida, pois houve oportunidade de retratação e de manifestação relativa ao pedido ora analisado.

O cerne da questão é: há possibilidade de se retratar a opção efetuada na via administrativa na via judicial?

Penso que sim.

A opção pela aposentadoria especial foi concedida na via administrativa.

A renúncia às aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas está proibida pelo art. 181-B do RPS. A previsão parte do pressuposto de que a aposentadoria é a proteção previdenciária máxima dada ao segurado, garantidora de sua subsistência com dignidade quando já não mais pode trabalhar, que poderia ser comprometida com a renúncia ao recebimento do benefício.

A proibição da renúncia não poderia ser veiculada por Decreto, uma vez que somente a lei pode limitar direitos.

Entretanto, a impossibilidade de renúncia, quando se trata de direitos sociais, decorre do próprio sistema jurídico.

Nada impede, porém, que se opte por proteção social melhor, quando, para a mesma necessidade, apresentam-se uma ou mais possibilidades de proteção.

O pedido, na verdade, não trata de revisão do benefício, mas, sim, da retratação da escolha feita na esfera administrativa, para fins de concessão do benefício mais vantajoso. Também não trata de renúncia à aposentadoria.

O INSS já havia reconhecido a possibilidade de implantação da aposentadoria especial na DER, conforme consta dos autos.

Embora o autor tenha optado pela concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, os cálculos ora anexados aos autos comprovam que a aposentadoria especial lhe é mais vantajosa.

É dever da autarquia a implantação do benefício mais vantajoso ao autor.

Assim, nada obsta a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição recebida pelo autor em aposentadoria especial.

Porém, os efeitos financeiros da condenação somente podem incidir a partir da citação, uma vez que somente a partir daí o INSS teve conhecimento da nova opção efetuada.

A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das súmulas 08 deste Tribunal e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC - dia 11.01.2003; em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 - dia 29.06.2009, na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97.

As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

Como o autor decaiu de parte mínima do pedido, fixo os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, consideradas as prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para determinar a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição recebida desde 30/03/2010 em aposentadoria especial, a partir da DER, com efeitos financeiros a partir da citação.

Intimem-se.

São Paulo, 11 de março de 2015.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0026669-17.2013.4.03.0000
(2013.03.00.026669-7)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: MAURA MARQUES DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe de Processo: AR 9590
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/07/2015

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. ARTIGO 29 INCISO II DA LEI 8.213/91. VIOLAÇÃO DE LEI CONFIGURADA. RESCISÃO DO JULGADO. PEDIDO ORIGINÁRIO IMPROCEDENTE.

I - Pretende o INSS a desconstituição do julgado por ter incidido em violação ao disposto no artigo 29 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, vigente na data da concessão do benefício de auxílio-doença (DIB em 12/02/1999), transformado no benefício de aposentadoria por invalidez, o qual determinava a utilização da média aritmética simples dos últimos 36 salários-de-contribuição para o cálculo do salário-de-benefício. Alega também violação ao disposto no artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a decisão rescindenda deixou de observar o reexame necessário.

II - A expressão “violar literal disposição de lei” está ligada a preceito legal de sentido unívoco e incontroverso, merecendo exame cuidadoso em prol da segurança e estabilidade das decisões judiciais.

III - A sentença foi proferida posteriormente à vigência da Lei nº 10.352/01 e é possível se extrair que o valor da condenação não excede a 60 salários mínimos, tanto que o valor executado pela parte autora é de R\$13.688,93 (treze mil, seiscentos e oitenta e oito reais e noventa e três centavos), em abril de 2013, conforme cálculo de liquidação apresentado a fls. 89/94. Não há que se falar em reexame necessário.

IV - A aposentadoria por invalidez foi concedida por transformação do benefício de auxílio-doença. Incide no caso o disposto no art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, segundo o qual, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido.

V - E como o benefício de auxílio-doença foi concedido com DIB em 12/02/1999, aplica-se a redação original do artigo 29, da Lei nº 8.213/91, para o cálculo do salário-de-benefício, tendo em vista que a alteração introduzida pela Lei nº 9.876 se deu a partir de 26/11/1999.

VI - Ao julgar parcialmente procedente o pedido originário, o *decisum* rescindendo incidiu em ofensa à literal disposição de lei, sendo de rigor a rescisão do julgado, com fulcro no artigo 485, inciso V, do C.P.C.

VII - O prazo decadencial para a revisão dos critérios constantes do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários foi introduzido pela Medida Provisória nº 1.523, de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que modificou o art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios.

VIII - O benefício de auxílio-doença percebido pelo falecido marido foi concedido posteriormente à Medida Provisória nº 1.523, de 27/06/1996, convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, não havendo dúvidas sobre a sua aplicabilidade.

IX - Revendo posicionamento anterior, entendo que nas situações em que o postulante é beneficiário de pensão por morte e a pretensão é de revisão do ato de concessão do benefício do segurado instituidor (benefício originário), considera-se como o termo *a quo* do lapso decadencial a data do início da concessão da pensão, ocasião em que exsurge o interesse do dependente, em nome próprio, deduzir a pretensão revisional. Precedentes do E. STJ e desta C. Corte.

X - Assim, como o benefício de pensão por morte foi concedido a partir de 29/10/2007 e a ação originária foi ajuizada em 20/10/2011, afasto a ocorrência da decadência do direito de ação.

XI - No mérito, improcede o pedido originário.

XII - Rescisória julgada procedente. Improcedência da ação originária. Sem condenação da ré nas 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).

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 procedente a ação rescisória e improcedente a ação originária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2015.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ajuizou a presente ação rescisória, com fulcro no artigo 485, inciso V (violação a literal disposição de lei), do CPC, em face de Maura Marques dos Santos, visando desconstituir a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP (fls. 65/70) que julgou parcialmente procedente o pedido da ação originária, condenando a Autarquia Federal a proceder à revisão da RMI, nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei 8.213/91 do benefício de aposentadoria por invalidez nº 122.122.409-0 (que utilizou o cálculo do salário-de-benefício do auxílio-doença nº 112.634.779-2) e que antecedeu a pensão por morte recebida pela ora ré (benefício nº 144.468.297-8), com os consectários que menciona.

O *decisum* transitou em julgado em 26/06/2012; a rescisória foi ajuizada em 21/10/2013.

Sustenta a Autarquia Federal que o julgado rescindendo incidiu em violação ao disposto no artigo 29 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, vigente na data da concessão do benefício de auxílio-doença (DIB em 12/02/1999), transformado no benefício de aposentadoria por invalidez, o qual determinava a utilização da média aritmética simples dos últimos 36 salários-de-contribuição para o cálculo do salário-de-benefício.

Alega, também, violação ao disposto no artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a decisão rescindenda deixou de observar o reexame necessário (aditamento de fls. 104/106).

Pede a rescisão do julgado e prolação de novo *decisum*, para afastar a revisão determinada. Pleiteia a antecipação da tutela, para suspender a execução do julgado rescindendo.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 15/102.

Recebido o aditamento à petição inicial de fls. 104/106, foi deferida a tutela antecipada para o fim de suspender a execução do julgado rescindendo e determinada a citação da ré (fls. 108/109).

Regularmente citada, a ré apresentou defesa sustentando, em síntese, a improcedência do pedido, por constituir afronta ao princípio da segurança jurídica, instrumentalizado pelo instituto da coisa julgada. Pede a revogação da tutela antecipada e a concessão da justiça gratuita (fls. 119/139).

A fls. 143 foram deferidos os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita à ré e determinada a intimação do autor para oferecer réplica, tendo o INSS se manifestado a fls. 144.

Instados a se manifestarem sobre a produção de provas, as partes assinalaram no sentido da nada requerer (fls. 146 e 147).

Razões finais apresentadas a fls. 151, pelo INSS e a fls. 153/163, pela ré.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência da ação rescisória e improcedência do pedido originário (fls. 165/169).

É o relatório.

À revisão (artigo 34, I, do Regimento Interno desta Corte).

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Pretende o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos do art. 485, inciso V (violação a literal disposição de lei), do CPC, ver desconstituída a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP que julgou parcialmente procedente o pedido da ação originária, condenando a Autarquia Federal a proceder à revisão da RMI, nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei 8.213/91 do benefício de aposentadoria por invalidez nº 122.122.409-0 (que utilizou o cálculo do salário-de-benefício do auxílio-doença nº 112.634.779-2) e que antecedeu a pensão por morte recebida pela ora ré (benefício nº 144.468.297-8).

Sustenta a Autarquia Federal que o julgado rescindendo incidiu em violação ao disposto no artigo 29 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, vigente na data da concessão do benefício de auxílio-doença (DIB em 12/02/1999), transformado no benefício de aposentadoria por invalidez, o qual determinava a utilização da média aritmética simples dos últimos 36 salários-de-contribuição para o cálculo do salário-de-benefício.

Alega, também, violação ao disposto no artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a decisão rescindenda deixou de observar o reexame necessário.

Cumpr, então, analisar a extensão da regra preceituada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, de modo a viabilizar o exercício do *iudicium rescindens*.

A expressão “violar literal disposição de lei” está ligada a preceito legal de sentido unívoco e incontroverso, merecendo exame cuidadoso em prol da segurança e estabilidade das decisões judiciais.

No Superior Tribunal de Justiça é remansosa a jurisprudência sobre o assunto, como anota Theotonio Negrão:

Art. 485: 20. “Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘decisum’ rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos” (RSTJ 93/416)

Quanto ao alcance do vocábulo “lei” na regra referida, a jurisprudência assentou entendimento de que deve ser interpretado em sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível, abrangendo, desta forma, inclusive a Constituição Federal.

Maura Marques dos Santos ajuizou a ação originária em 20/10/2011 requerendo a revisão do benefício de pensão por morte que percebe (NB 1444682978 - DIB em 29/10/2007), originada da aposentadoria por invalidez que percebia o falecido marido (NB 1221224090 - DIB em 16/09/2001), precedida do benefício de auxílio-doença (NB 1126347792 - DIB em 12/02/1999), requerendo seja considerado como salário-de-contribuição o período em que o falecido marido recebeu o benefício de auxílio-doença, para o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91; bem como seja considerado para a apuração do salário-de-benefício a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, conforme inciso II do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

O MM. Juiz da 5ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP julgou parcialmente procedente o pedido, em 06/03/2012, cujo dispositivo recebeu a seguinte redação:

Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS, condenando o INSS a proceder à revisão da RMI, nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei nº 8.213/91 do benefício de aposentadoria por invalidez nº 122.122.409-0 (que utilizou o cálculo do salário-de-benefício do auxílio-doença nº 112.634.779-2) e que antecedeu a pensão por morte recebida pela Autora (benefício nº 144.468.297-8), além de pagar as parcelas vencidas dentro da prescrição quinquenal, contada retroativamente a partir da data da propositura da ação. Condeno a Autarquia Previdenciária, ainda, ao pagamento das parcelas vencidas, acrescidas de: a) correção monetária, inicialmente pelos índices adotados pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região, até 29/06/2009. A contar de 30/06/2009, os índices de correção monetária são os ditados pelo art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009; b) os juros de mora são devidos a partir da citação (11/11/2011 - f. 21) e pelo percentual previsto no art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009. Havendo sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus patronos e com metade das custas.

Sentença somente se sujeitará ao reexame necessário se o valor da condenação for superior a 60 (sessenta) salários mínimos, nos termos do artigo 475 parágrafo 2º do Código de Processo Civil.

Sem recursos, o feito transitou em julgado.

Quanto à alegada violação ao artigo 475, § 2º, do CPC, porque o *decisum* não foi subme-

tido ao reexame necessário, verifico que sem razão o INSS.

O artigo 475, *caput*, bem como o parágrafo segundo, acrescentado pela Lei nº 10.352/2001, dispõem, *verbis*:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

(...)

§ 2º - Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

Neste caso, a sentença foi proferida posteriormente à vigência da Lei nº 10.352/01 e é possível se extrair que o valor da condenação não excede a 60 salários mínimos.

Tanto que o valor executado pela parte autora é de R\$13.688,93 (treze mil, seiscentos e oitenta e oito reais e noventa e três centavos), em abril de 2013, conforme cálculo de liquidação apresentado a fls. 89/94.

Não há que se falar, portanto, em reexame necessário.

Prosseguindo, verifico que foi deferida à parte autora da ação originária, a revisão da RMI do benefício de *aposentadoria por invalidez* do falecido marido, considerando-se para a apuração do salário-de-benefício a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, conforme inciso II do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Passo, então, a analisar o pedido de rescisão do julgado ante a violação ao disposto no artigo 29 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original.

O cálculo do salário-de-benefício, para fim de apuração da renda mensal inicial, é matéria disciplinada pelo artigo 29 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original assim prescrevia:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

Com o advento da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, houve alteração na Lei de Benefícios, adotando-se novo critério para a apuração do salário-de-benefício, *in verbis*:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

Ou seja, para a apuração do salário-de-benefício, serão considerados os 36 últimos salários-de-contribuição, em um interregno não superior a 48 meses, caso o benefício tenha sido requerido quando da vigência da redação original do art. 29 da Lei nº 8.213/91, ou será utilizada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo, nas hipóteses de incidência da Lei nº 9.876/99.

Por sua vez, o § 5º, da mencionado artigo, assim disciplina:

§ 5º. Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário-mínimo.

Ao seu turno, o art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, determina:

§ 7º. A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

A existência de normas distintas disciplinando a matéria se justifica porque regulam situações diversas.

O art. 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente admite a contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade, quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

A conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez pode se dar “ato contínuo” ou precedida de intervalo laborativo.

A interpretação sistemática dos dispositivos acima mencionados leva à seguinte conclusão:

- Quando o segurado recebeu benefício por incapacidade intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo, para o cálculo da sua aposentadoria por invalidez, incide o disposto no art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91;

- Quando o segurado recebeu auxílio-doença durante determinado lapso temporal e, ato contínuo, sobrevém sua transformação em aposentadoria por invalidez, aplica-se o § 7º, do art. 36, do Decreto nº 3.048/99.

Tanto que neste sentido pronunciou-se o E. Supremo Tribunal Federal, julgando o mérito e provendo o Recurso Extraordinário nº 583.834, em 21/09/2011, com repercussão geral reconhecida, ratificando a aplicabilidade do §7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/99, na hipótese de concessão de aposentadoria por invalidez, após afastamento da atividade durante período contínuo de recebimento de auxílio-doença, sem contribuição para a Previdência.

Confira-se:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES.

1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (*caput* do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição.

2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social - LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99.

3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência

regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991. 4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. 5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento. (STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.834/SC - JULGAMENTO EM 21.09.2011 - REL. MIN. AYRES BRITTO)

Na hipótese dos autos, o afastamento da atividade pelo falecido ocorreu quando o segurado passou a receber o benefício de auxílio-doença, posteriormente convertido na aposentadoria por invalidez, posto não retornado ao trabalho desde então.

Portanto, como a aposentadoria por invalidez foi concedida por transformação do benefício de auxílio-doença, incide no caso o disposto no art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, segundo o qual, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido.

E, como o benefício de auxílio-doença foi concedido com DIB em 12/02/1999, aplica-se a redação original do artigo 29, da Lei nº 8.213/91, para o cálculo do salário-de-benefício, tendo em vista que a alteração introduzida pela Lei nº 9.876 se deu a partir de 26/11/1999.

Logo, ao julgar parcialmente procedente o pedido originário, o *decisum* rescindendo incidiu em ofensa à literal disposição de lei, sendo de rigor a rescisão do julgado, com fulcro no artigo 485, inciso V, do C.P.C.

Neste sentido:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 343 DO STF. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. REVISÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. BENEFÍCIO DERIVADO DE AUXÍLIO-DOENÇA. IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. INEXISTÊNCIA DE SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO ANTERIORES A MARÇO DE 1994. PROCEDÊNCIA DA RESCISÓRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. TUTELA MANTIDA.

1 - A matéria aventada na inicial encontra-se fundamentada na interpretação de texto constitucional, ou seja, discute-se se a legislação ordinária foi ou não aplicada sob o reflexo da Lei Maior. Com efeito, o foco principal da demanda está na incidência do art. 201 e 202 da CF, os quais validariam os comandos dos dispositivos legais, girando a tese, eminentemente, sobre matéria constitucional, ficando, portanto, afastada a aplicação da Súmula nº 343 do C. STF. 2 - A violação a literal dispositivo de lei, a autorizar o manejo da ação nos termos do dispositivo transcrito, é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego inadequado.

3 - O Plenário da Suprema Corte, em 21 de setembro de 2011, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.834/SC, de Relatoria do Ministro Ayres Britto (DJ 14/02/2012), em sede de repercussão geral, confirmou orientação no sentido da impossibilidade de se computar o período do auxílio-doença não intercalado com atividade laborativa no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez.

4 - A decisão que determina a inclusão do período de auxílio-doença no cômputo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez derivada para incidência do IRSM de fevereiro de 1994 ofende as disposições das normas previdenciárias, sendo de rigor sua rescisão.

5 - Considerando que o valor da aposentadoria se originou da mera majoração do percentual incidente sobre o salário de benefício apurado para o auxílio-doença e que este foi concedido em 02.01.1992, não há como se aplicar ao caso o índice integral de IRSM devido em fevereiro

de 1994, o que acarreta a inexistência de valores a serem recebidos em execução.

6 - Ação rescisória julgada procedente. Embargos à execução julgados parcialmente procedente. Tutela antecipada mantida.

(TRF-3ª Região - Terceira Seção - AR 2012.03.00.000020-6 - Julgado em 10/07/2014 - Rel. Juiz Convocado Fernando Gonçalves)

No juízo rescisório, analiso inicialmente a questão do prazo decadencial para a revisão dos critérios constantes do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários foi introduzido pela Medida Provisória nº 1.523, de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que modificou o art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios e dispôs o seguinte:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

A questão que se coloca é a do *momento* de incidência do prazo decadencial relativamente aos benefícios concedidos antes de sua instituição, já que para aqueles concedidos *após* a edição da MP nº 1.523-9/97, não há dúvidas de que se aplica a novel legislação.

Esclareça-se que houve divergência jurisprudencial sobre a incidência do prazo decadencial relativamente aos benefícios concedidos *antes* de sua instituição, sendo que o E. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, sob o rito do art. 543-C, do CPC, no sentido de que para esses benefícios concedidos anteriormente à edição da Medida Provisória nº 1.523-9/97, computa-se o prazo decadencial a partir da vigência da referida MP (REsp 1.309.529/PR, julgado em 28/11/2012 e REsp 1.326.114/SC, julgado em 16/10/2013, Rel. Min. Herman Benjamin).

E o E. Supremo Tribunal Federal também julgou o mérito, com repercussão geral, quanto às questões que envolvem a aplicação do prazo decadencial aos benefícios concedidos antes da vigência da Medida Provisória nº 1.523-9/97, assentando que o prazo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários é aplicável aos benefícios concedidos antes da mencionada MP (RE 626.489, julgado em 16/10/2013, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso).

Mas, neste caso, o benefício de auxílio-doença percebido pelo falecido marido foi concedido posteriormente à Medida Provisória nº 1.523, de 27/06/1996, convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, não havendo dúvidas sobre a sua aplicabilidade.

Assim, para esses benefícios, o prazo de 10 (dez) anos é contado a partir “do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”, de acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº. 1.523-9/97 ao artigo 103 da Lei nº. 8.212/91.

No entanto, revendo posicionamento anterior, entendo que nas situações em que o postulante é beneficiário de pensão por morte e a pretensão é de revisão do ato de concessão do benefício do segurado instituidor (benefício originário), considera-se como o termo *a quo* do lapso decadencial a data do início da concessão da pensão, ocasião em que exsurge o interesse do dependente, em nome próprio, deduzir a pretensão revisional.

Este foi o entendimento adotado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, na decisão monocrática proferida no REsp nº 1.499.057/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, publicada em 24/02/2015.

No mesmo sentido são os julgados desta C. Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE APOSENTADORIA. PRAZO DECADENCIAL AUTÔNOMO. INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA NOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 8.870/94. LIMITAÇÃO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO AO TETO. ART. 28, § 5º DA LEI 8.212/91.

I - A aposentadoria e a pensão dela decorrente são benefícios interligados por força do critério de cálculo de ambos, contudo, são benefícios autônomos, titularizados por pessoas distintas, que possuem de forma independente o direito de requerer revisão de cada um deles.

II - No caso dos autos, a parte autora não pleiteia diferenças sobre a aposentadoria do seu falecido esposo, mas sobre o benefício de pensão por morte de que ela própria é titular, ainda que isso implique o recálculo da aposentadoria da qual é derivada, de forma que a contagem do prazo decadencial deve ser feita individualmente.

III - *Considerando que a autora obteve sua pensão por morte em 04.04.2001 e que a presente ação foi ajuizada em 14.01.2010, não há que se falar em ocorrência de decadência.*

IV - Tendo o instituidor do benefício da autora se aposentado em 11.06.1992, na composição do período-básico-de-cálculo da jubilação deverão ser consideradas as gratificações natalinas do período, conforme artigo 29, § 3º, da Lei nº 8.213/91, em sua redação originária, já que a legislação aplicável é aquela vigente ao tempo em que o segurado implementou os requisitos necessários à concessão da benesse e não aquela vigente ao tempo de cada recolhimento.

V - Quando do recálculo da renda mensal da pensão da demandante, deverá ser respeitado o limite máximo do salário-de-contribuição, conforme art. 28, § 5º da Lei 8.212/91.

VI - Agravo do INSS parcialmente provido (art. 557, § 1º, do CPC).

(TRF da 3ª Região; Agravo em Apelação Cível; Processo nº 0000459-09.2010.4.03.6183/SP; Relator: Sérgio Nascimento; Data do julgamento: 10/06/2014; Publicado em 24/06/2014) - grifei

Decisão monocrática proferida na AC nº 2013.61.83.002018-0/SP

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS visando o recálculo da renda mensal inicial, com a atualização dos 24 salários-de-contribuição, anteriores aos 12 últimos, pela ORTN/OTN, nos termos da Lei nº 6.423/77, a aplicação do art. 58 do ADCT, bem como a inclusão do 13º salário no cálculo do benefício originário da pensão por morte da demandante.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* reconheceu a decadência do direito de revisão do benefício da parte autora, com fundamento no art. 269, IV, do CPC.

Inconformada, apelou parte autora, pleiteando a reforma da R. sentença.

Subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

No presente caso, não obstante o benefício originário ter sido deferido em 1º/6/79, a pensão por morte da parte autora foi concedida somente em 25/12/12. Tendo a presente ação sido ajuizada em 15/3/13, não transcorreu o prazo decadencial. Cumpre ressaltar, a propósito, que a parte autora não possuía legitimidade para pleitear a revisão do benefício originário antes de passar a receber a pensão por morte, motivo pelo qual não deve ser levada em consideração a data de início do benefício anterior. Nesse sentido, adoto o posicionamento do C. STJ, no REsp nº 1.499.057, Relator Ministro Herman Benjamin, decisão monocrática, DJe 24/2/15. Outrossim, verifico que o INSS não foi citado para contestar o pedido formulado pela parte autora na presente demanda, motivo pelo qual não há como possa ser aplicado o disposto no art. 515, §3º, do CPC.

O julgamento do feito sem a oportunidade de defesa do réu ou interessado, acarreta a nulidade

insanável do feito, por cerceamento ao direito de defesa e violação ao princípio do contraditório. (...)

Diante do exposto, nos termos do art. 557 do CPC, dou provimento à apelação da parte autora para afastar o reconhecimento da decadência, determinando o retorno dos autos à Vara de Origem, para que se dê regular processamento ao feito.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de Origem. Int.

São Paulo, 20 de maio de 2015.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

Assim, como o benefício de pensão por morte foi concedido a partir de 29/10/2007 e a ação originária foi ajuizada em 20/10/2011, afasto a ocorrência da decadência do direito de ação e passo à análise do pedido.

Conforme já exposto, a autora da ação originária pleiteia a revisão do benefício de pensão por morte que percebe (NB 1444682978 - DIB em 29/10/2007), originada da aposentadoria por invalidez que percebia o falecido marido (NB 1221224090 - DIB em 16/09/2001), precedida do benefício de auxílio-doença (NB 1126347792 - DIB em 12/02/1999), requerendo seja considerado como salário-de-contribuição o período em que o falecido marido recebeu o benefício de auxílio-doença, para o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91; bem como seja considerado para a apuração do salário-de-benefício a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, conforme inciso II do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Na hipótese dos autos, o afastamento da atividade pelo falecido ocorreu quando o segurado passou a receber o benefício de auxílio-doença, posteriormente convertido na aposentadoria por invalidez, posto não retornado ao trabalho desde então.

Portanto, como a aposentadoria por invalidez foi concedida por transformação do benefício de auxílio-doença, incide no caso o disposto no art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, segundo o qual, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido.

E, como o benefício de auxílio-doença foi concedido com DIB em 12/02/1999, aplica-se a redação original do artigo 29, da Lei nº 8.213/91, para o cálculo do salário-de-benefício, tendo em vista que a alteração introduzida pela Lei nº 9.876 se deu a partir de 26/11/1999.

Assim, impossível a revisão da renda mensal inicial pleiteada.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para desconstituir a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP - processo nº 0008006-85.2011.403.6112, com fundamento no artigo 485, V (violação a literal disposição de lei), do CPC e, no juízo rescisório, julgo improcedente o pedido originário. Deixo de condenar a ré nas custas e honorários advocatícios, 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, RE 313348-RS).

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**0030735-16.2013.4.03.9999****(2013.03.99.030735-2)**

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 81/82

Apelante: RENATO PEREIRA BISPO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE JACAREÍ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: AC 1896811

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA GENITORA COMPROVADA. IMPROVIMENTO.

1. No caso dos autos, constata-se que a autora é mãe do segurado falecido, conforme documento acostado à fl. 08, portanto, a dependência econômica não é presumida, razão pela qual deve ser comprovada (art. 16, §4º, da Lei nº 8.213/91).

2. Segundo se depreende dos autos, os documentos acostados às fls. 10,19 e 23, demonstram que a autora e o *de cujus* moravam no mesmo endereço. Verifico que o falecido era solteiro, sempre viveu com a mãe e não deixou filhos. Ademais, conforme consta no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 35), por ocasião do óbito, a autora não recebia qualquer tipo de benefício da Previdência Social, bem como não possuía nenhum vínculo empregatício. E, por fim, o Relatório Social (fls. 51/53), demonstra que a autora além dos sérios problemas de saúde apresentados, aparenta ter “distúrbios de comportamento”, sendo uma pessoa totalmente dependente.

3. Cabe ressaltar que a dependência econômica não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a parte autora tenha outros meios de complementação de renda, conforme Súmula 229, do ex-TFR: “A mãe do segurado tem direito a pensão previdenciária em caso de morte do filho se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva”.

4. Assim, preenchidos os requisitos legais, reconhece-se o direito da parte autora ao benefício de pensão por morte, sendo que o termo inicial deverá ser a partir da data do requerimento administrativo, uma vez que sua interposição foi após o prazo de 30 (trinta) dias (art. 74, II, da Lei nº 8.213/91).

5. Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de julho de 2015.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de decisão monocrática de fls. 81/82 que, com fulcro no § 1º - A do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu provimento à apelação da parte autora para julgar procedente o pedido de pensão por morte.

Sustenta que não restou comprovada a dependência econômica da autora em relação ao seu filho falecido.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

As razões de mérito ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, pelo que a submeto à apreciação deste colegiado:

A matéria discutida comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil. A Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, alterou, dentre outros, o artigo 557 do Código de Processo Civil, e conferiu ao relator a possibilidade de dar provimento ou negar seguimento ao recurso “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

Nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, para a concessão da pensão por morte, é necessário o preenchimento de dois requisitos: a comprovação de dependência econômica e a qualidade de segurado do falecido.

“Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 9528, de 1997)

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9528, 1997)

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida”. (Incluído pela Lei nº 9528, de 1997).

A pensão por morte é benefício que independe do cumprimento de carência, nos termos previstos no art. 26, I, da Lei 8.213/91.

O falecimento do segurado deu-se em 03/01/2010, conforme certidão de óbito de fls. 10.

Constata-se que o último vínculo empregatício do *de cujus* cessou em 03/01/2010 (Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho-fl. 19), comprovando, portanto, que ostentava a qualidade de segurado, enquadrando-se na hipótese do art. 15, II da Lei 8.213/91.

Nos termos do art. 16, II, da Lei nº 8.213/91, são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, os pais.

No caso dos autos, constata-se que a autora é mãe do segurado falecido, conforme documento acostado à fl. 08, portanto, a dependência econômica não é presumida, razão pela qual deve ser comprovada (art. 16, §4º, da Lei nº 8.213/91).

Segundo se depreende dos autos, os documentos acostados às fls. 10,19 e 23, demonstram que a autora e o *de cujus* moravam no mesmo endereço.

Verifico que o falecido era solteiro, sempre viveu com a mãe e não deixou filhos.

Ademais, conforme consta no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 35), por ocasião do óbito, a autora não recebia qualquer tipo de benefício da Previdência Social, bem como não possuía nenhum vínculo empregatício.

E, por fim, o Relatório Social (fls. 51/53), demonstra que a autora além dos sérios problemas de saúde apresentados, aparenta ter “distúrbios de comportamento”, sendo uma pessoa totalmente dependente.

Cabe ressaltar que a dependência econômica não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a parte autora tenha outros meios de complementação de renda, conforme Súmula 229, do ex-TFR:

“A mãe do segurado tem direito a pensão previdenciária em caso de morte do filho se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva.”

Neste sentido:

“AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. MÃE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COM RELAÇÃO AO FILHO COMPROVADA.

I - Comprovada a dependência econômica da mãe em relação ao único filho que, além de ser solteiro e não ter filhos, morava com os pais, circunstâncias que permitem presumir que empregava os seus rendimentos no seu sustento e de sua mãe.

II - A dependência econômica não precisa ser exclusiva, conforme entendimento que já era adotado pelo extinto TFR, estampado na Súmula 229.

III - Presentes os requisitos do art. 461, § 3º do CPC, é de ser antecipada a tutela, de ofício, para permitir a imediata implantação do benefício.

IV - Agravo provido. Tutela antecipada.”

(TRF-9ª Turma, Apelação Cível nº 00118743620044036106-AC, publicação: e-DJF3 DATA:21/09/2011, Relator: DES. FEDERAL DALDICE SANTANA).

Quanto ao termo inicial do benefício, estabelecem os artigos 74 e 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, que, se requerido até 30 dias do falecimento do segurado, o termo inicial será da data do óbito. Se for requerido após o prazo mencionado, será da data do requerimento administrativo, respeitada a causa impeditiva de prescrição contra incapazes (art. 198, I, do CC). Assim, preenchidos os requisitos legais, reconhece-se o direito da parte autora ao benefício de pensão por morte, sendo que o termo inicial deverá ser a partir da data do requerimento administrativo, uma vez que sua interposição foi após o prazo de 30 (trinta) dias (art. 74, II, da Lei nº 8.213/91).

A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

Os juros de mora de meio por cento ao mês incidem, a partir da citação, de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Com o advento da Lei nº 11.960/09, a partir de 30.06.2009 os juros serão aqueles aplicados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS

No que tange aos honorários advocatícios, em observância ao art. 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil e a Súmula nº 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, esta Turma firmou o entendimento no sentido de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença, de primeiro grau, ainda que improcedente ou anulada.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO à apelação da parte autora para julgar procedente o pedido, conforme fundamentação.

Independentemente do trânsito em julgado, determino, com fundamento no art. 461 do CPC, a expedição de ofício ao INSS, instruído com os documentos da autora Maria Ricarda de Jesus Pereira, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata implantação do benefício de pensão por morte com data de início - DIB a partir da data do requerimento administrativo (fl. 18) e renda mensal inicial-RMI a ser calculada pelo INSS.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0021144-20.2014.4.03.0000
(2014.03.00.021144-5)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: FÁBIO DE PAIVA GRILO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSIAIA
Classe do Processo: AR 10023
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REGRAS DE TRANSIÇÃO. ART. 9º, §1º DA EC. nº 20/1998. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO PROPORCIONAL. IDADE MÍNIMA DE 53 ANOS DE IDADE. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. ERRO DE FATO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DOS BROCARDOS *JURA NOVIT CURIA* E *MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS*. IMPLEMENTO DOS REQUISITOS DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL EM MOMENTO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO SUBJACENTE. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. ELABORAÇÃO DE NOVA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória. Tal situação se configura quando há interpretação controvertida nos tribunais acerca da norma tida como violada.

II - O compulsar dos autos revela que o réu, com a conversão do período de atividade especial em comum consagrado pela r. decisão rescindenda (de 15.02.1984 a 16.12.1998), somado com outros períodos incontroversos, contava com 29 (vinte e nove) anos, 05 (cinco) meses e 11 (onze) dias até 15.12.1998 e com 32 (trinta e dois) anos e 27 (vinte e sete) dias até a data de entrada do requerimento administrativo (30.07.2001), conforme planilhas de fls. 262/263.

III - Verifica-se que o réu não atingiu, de fato, 30 (trinta) anos de tempo de serviço em 15.12.1998, sendo que na data do requerimento administrativo (30.07.2001), não obstante tivesse o cumprido o “pedágio” estabelecido pelo art. 9º, §1º, I, “b”, da Emenda Constitucional n. 20/1998, contava com 45 anos de idade.

IV - É pacífico o entendimento no sentido de que devem ser observadas as regras transitórias que disciplinam a concessão de aposentadoria por tempo de serviço estabelecidas pela EC n. 20/1998 para aqueles segurados que não cumpriram 30 anos de tempo de serviço na data de início de sua vigência (15.12.1998), sendo exigíveis, portanto, tanto o cumprimento do período adicional de contribuições (pedágio), quanto o implemento de idade mínima (53 anos de idade). Precedente do STF.

V - A r. decisão rescindenda não contrariou a orientação jurisprudencial acima reportada, pois reconheceu ser exigível o implemento do quesito etário (53 anos de idade) para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço proporcional para aqueles

segurados que cumpriram os requisitos após a entrada em vigor da EC. n. 20/1998. VI - Não se vislumbra violação a dispositivo legal, mas sim erro de fato, na medida em que não houve controvérsia entre as partes, bem como pronunciamento judicial sobre o tema, tendo a r. decisão rescindenda admitido, ainda que implicitamente, fato inexistente, qual seja: que o então autor contava com 53 anos ou mais de idade na data de entrada do requerimento administrativo.

VII - Em que pese o autor tivesse indicado como fundamento da presente rescisória o inciso V do art. 485 do CPC, extrai-se da narrativa da inicial a ocorrência de erro de fato (inciso IX do art. 485 do CPC) que, de fato, se configurou, sendo aplicável às ações rescisórias o brocardo *jura novit curia e da mihi factum, dabo tibi jus*.

VIII - A causa de pedir alberga a hipótese de rescisão do julgado prevista no inciso IX do art. 485 do CPC, impondo-se ao órgão julgador o conhecimento da referida matéria, não havendo que se falar em julgamento *extra petita*.

IX - O objeto da rescisória restringe-se à desconstituição do julgado tão somente em relação ao cômputo do tempo de serviço e, por conseguinte, a concessão do benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, mantendo-se íntegra a aludida decisão quanto aos períodos reconhecidos como especiais e como comuns. Com efeito, é admissível o ajuizamento limitado da rescisória, não sendo absoluto o conceito de indivisibilidade da sentença/acórdão (Precedentes: STF - Pleno, AR. 1.699 - AgRg, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.06.2005; negaram provimento, v.u., DJU 9.9.05, p. 34). X - Em consulta ao sistema DATAPREV, verifico que o réu continuou a exercer atividade remunerada após a data de entrada do requerimento administrativo (30.07.2001), tendo completado 35 anos de tempo de serviço em 05.07.2004, conforme planilha de fls. 262, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, na forma prevista no art. 201, §7º, I, da Constituição da República.

XI - Tendo em vista que em 05.07.2004 o réu passou a fazer jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, conforme acima explanado, e em face do disposto no art. 462 do CPC, que impinge ao julgador considerar fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito ocorrido posteriormente ao ajuizamento da ação (no caso, da ação subjacente), é de se conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição a partir de 05.07.2004, descontando-se os valores recebidos por força da decisão rescindenda a contar de 11.11.2008. XII - A correção monetária deverá ser calculada pela lei de regência e os juros de mora deverão ser computados a partir do mês seguinte ao presente julgamento.

XIII - No tocante ao pedido de restituição formulado pelo INSS, concernente aos eventuais valores que o ora réu teria levantado indevidamente, cabe ponderar que a data de início de pagamento se deu em 11.11.2008, conforme apontando anteriormente, momento em que ele já fazia jus ao benefício em epígrafe, não havendo, assim, numerário a devolver.

XIV - Os ofícios requisitórios nºs 20130000566 e 20130000567 devem ser cancelados, elaborando-se nova conta de liquidação na forma do presente julgamento.

XV - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

XVI - Pedido em ação rescisória que se julga procedente. Pedido em ação subjacente que se julga parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado na presente rescisória e, em novo julgamento, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de julho de 2015.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Cuida-se de ação rescisória fundada no art. 485, inciso V (violação a literal dispositivo de lei), do CPC, com pedido de antecipação de tutela, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de Fabio de Paiva Grilo, que pretende seja rescindido acórdão da Décima Turma, que deu provimento à apelação do então autor, para reconhecer o exercício de atividade remunerada em condições especiais no período de 15.02.1984 a 16.12.1998, condenando o INSS a conceder-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional desde a data de entrada do requerimento administrativo (30.07.2001). O trânsito em julgado da decisão rescindenda ocorreu em 24.10.2012 (fl. 229) e o presente feito foi ajuizado em 22.08.2014

Sustenta o INSS, em apertada síntese, que o então autor, nascido em data de 19.04.1956, não teria implementado o requisito da idade (53 anos) na DIB do benefício (30.07.2001); que o julgado infringiu o disposto na Emenda Constitucional nº 20/1998, em seu art. 9º, §1º, ao não exigir a idade mínima para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço em sua forma proporcional; que a concessão do benefício em tela seria possível, ainda que sem o implemento do requisito idade, somente no caso do então autor apresentar na data da EC/98 (15.12.1998) tempo de serviço mínimo de 30 anos, o que também inexistiu, visto que nesta data contava com apenas 29 anos, 05 meses e 12 dias; que não possuindo a idade mínima para o cômputo de período posterior a EC/98, descabe a utilização da regra de transição, consoante precedentes do STF e do TRF-3ª Região; que o E. STF já decidiu ser cabível ação rescisória quando há ofensa literal a dispositivo da Constituição da República. Requer, por fim, seja julgado procedente o pedido, com a desconstituição do v. acórdão proferido nos autos da AC. n. 2003.61.07.008195-7 e, em novo julgamento, seja julgado improcedente o pedido formulado na ação subjacente, determinando-se a devolução dos valores recebidos pelo réu durante a manutenção da decisão rescindenda.

A inicial veio instruída pelos documentos de fls. 21/257.

Pela decisão de fls. 259/261, foi deferido parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para o efeito de que fosse sustada a execução das parcelas vencidas ainda não recebidas (ofícios requisitórios de números 20130000566 e 20130000567), mantendo-se, no entanto, a percepção do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição já implantado (NB 148.711.442-4).

Devidamente citado (fl. 271), ofertou o réu contestação (fls. 272/275; docs. 276/278), alegando que não deu causa ao erro, não podendo ser penalizado por tal acontecimento; que a implementação da carência constitui fato superveniente, devendo ser considerada em Juízo,

nos termos do art. 462 do CPC; que é possível o procedimento da “reafirmação da DER” em sede administrativa, não havendo qualquer impedimento de sua utilização em sede judicial; que a jurisprudência já admitiu a aplicação do instituto da “reafirmação da DER” em caso de aposentadoria por idade, demonstrando-se a possibilidade da concessão do benefício quando do posterior preenchimento de requisitos para a sua concessão; que é descabida a exigência de devolução dos valores já pagos, tendo em vista a natureza alimentar, mormente quando recebidas de boa-fé; que decisão liminar exarada em ação civil pública (nº 0804533-31.2014.4.05.8300, da lavra da 12ª Vara Federal em Pernambuco), determinou que o INSS não obrigue seus segurados a restituírem valores pagos por conta de decisões judiciais posteriormente revogadas ou reformadas, quando a decisão concessiva estiver amparada em sentença e acórdão no mesmo sentido. Requer, por fim, seja o pedido julgado improcedente, com a reafirmação da DER para 05.07.2004, liberando-se o valor remanescente dos ofícios requisitórios suspensos. Subsidiariamente, pleiteia que não sejam efetuados descontos no benefício, ante a natureza alimentar deste, bem como a boa-fé demonstrada, protestando, ainda, pelos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Justiça gratuita concedida às fls. 280.

Manifestação do autor às fls. 280vº.

Intimadas as partes para que apresentassem as provas que pretendiam produzir (fl. 282), o autor e o réu pronunciaram-se pela desnecessidade de produção de outras provas (fls. 283/284).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 286/296, em que opina pelo conhecimento da rescisória e improcedência do pedido em âmbito do juízo rescindendo. Subsidiariamente, pela procedência do pedido rescindendo e pela parcial procedência do pedido rescisório.

É o relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Não havendo dúvidas quanto à tempestividade do ajuizamento da presente ação rescisória, passo ao juízo *rescindens*.

DO JUÍZO RESCINDENS

Dispõe o art. 485, V, do CPC:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)

V - violar literal disposição de lei;

Verifica-se, pois, que para que ocorra a rescisão respaldada no inciso destacado deve ser demonstrada a violação à lei perpetrada pela sentença, consistente na inadequação dos fatos deduzidos na inicial à figura jurídica construída pela decisão rescindenda, decorrente de interpretação absolutamente errônea da norma regente.

De outra parte, a possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal

descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória. Tal situação se configura quando há interpretação controvertida nos tribunais acerca da norma tida como violada. Nesse diapasão, o E. STF editou a Súmula n. 343, *in verbis*:

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.

O compulsar dos autos revela que o réu, com a conversão do período de atividade especial em comum consagrado pela r. decisão rescindenda (de 15.02.1984 a 16.12.1998), somado com outros períodos incontroversos, contava com 29 (vinte e nove) anos, 05 (cinco) meses e 11 (onze) dias até 15.12.1998 e com 32 (trinta e dois) anos e 27 (vinte e sete) dias até a data de entrada do requerimento administrativo (30.07.2001), conforme planilhas de fls. 262/263.

Assim sendo, verifica-se que o réu não atingiu, de fato, 30 (trinta) anos de tempo de serviço em 15.12.1998, sendo que na data do requerimento administrativo (30.07.2001), não obstante tivesse o cumprido o “pedágio” estabelecido pelo art. 9º, §1º, I, “b”, da Emenda Constitucional n. 20/1998, contava com 45 anos de idade.

Com efeito, é pacífico o entendimento no sentido de que devem ser observadas as regras transitórias que disciplinam a concessão de aposentadoria por tempo de serviço estabelecidas pela EC n. 20/1998 para aqueles segurados que não cumpriram 30 anos de tempo de serviço na data de início de sua vigência (15.12.1998), sendo exigíveis, portanto, tanto o cumprimento do período adicional de contribuições (pedágio), quanto o implemento de idade mínima (53 anos de idade).

Nessa linha, é o julgado do e. STF, que define a questão:

INSS. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. RE IMPROVIDO.

I - Embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º da EC 20/98, não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição.

II - Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior.

III - A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários.

IV - Recurso extraordinário improvido.

(STF; RE n. 575.089-2; Tribunal Pleno; Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; j. 10.09.2008; DJe 24.10.2008).

Importante ressaltar que a r. decisão rescindenda não contraria a orientação jurisprudencial acima reportada, conforme se vê do seguinte trecho, que abaixo transcrevo:

....Especificamente quanto às regras de transição trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/98, importa fazer algumas considerações. A Emenda Constitucional em comento extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Por outro lado, para aqueles que já eram filiados ao Regime Geral de Previdência Social, na data da publicação da emenda, previu uma regra de transição. O segurado poderá se aposentar proporcionalmente por tempo de contribuição desde que atenda a dois requisitos, idade mínima de 53 anos para homem e 48

anos para mulher e um tempo mínimo que a doutrina denominou de pedágio, correspondente a 40% do tempo que faltava para o segurado se aposentar em 15.12.98 (artigo 9º, parágrafo primeiro da EC nº 20/98). Vale destacar, por fim, que a exigência de idade mínima para aposentação proporcional, nada possui de inconstitucional...

Evidentemente, caso o autor possua tempo suficiente para se aposentar, de qualquer das duas formas, até 15 de dezembro de 1998, não necessitará atender aos requisitos da regra de transição. Da mesma forma, não necessitará se, na DER (data do requerimento administrativo) já tiver adimplido o requisito de tempo mínimo para aposentadoria integral, ou seja, trinta anos para a mulher e trinta e cinco anos de contribuição para o homem...

Na verdade, não se vislumbra violação a dispositivo legal, mas sim erro de fato, na medida em que não houve controvérsia entre as partes, bem como pronunciamento judicial sobre o tema, tendo a r. decisão rescindenda admitido, ainda que implicitamente, fato inexistente, qual seja: que o então autor contava com 53 anos ou mais de idade na data de entrada do requerimento administrativo.

Portanto, em que pese o autor tivesse indicado como fundamento da presente rescisória o inciso V do art. 485 do CPC, extrai-se da narrativa da inicial a ocorrência de erro de fato (inciso IX do art. 485 do CPC), sendo aplicável às ações rescisórias o brocardo *jura novit cúria e da mihi factum, dabo tibi jus*.

Em síntese, é de se concluir que causa de pedir alberga a hipótese de rescisão do julgado prevista no inciso IX do art. 485 do CPC, impondo-se ao órgão julgador o conhecimento da referida matéria, não havendo que se falar em julgamento *extra petita*.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485 VII E IX, DO CPC. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DOCUMENTO NOVO. CAPACIDADE DE POR ASSEGURAR, POR SI SÓ, A RESCISÃO DO JULGADO. ERRO DE FATO EM RAZÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DE PROVA MATERIAL. OCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO NO ÂMBITO DO JUÍZO RESCINDENTE E PARCIAL PROCEDÊNCIA NO RESCISÓRIO.

(...)

5. O caso se encontra abrangido nas hipóteses legais de rescisão do julgado, não só em função do disposto no inciso VII, como também na forma prevista no inciso IX do Art. 485 do CPC.

6. Em consonância com o princípio da mihi facto, dabo tibi jus, tem-se que o magistrado aplica o direito ao fato, ainda que este não tenha sido invocado (STJ - RTJ 21/340)

(TRF - 3ª Região; AR 9167 - 0005800-33.2013.4.03.0000; Relator p/ acórdão Desembargador Federal Baptista Pereira; j. 27.11.2014; e-DJF3 26.02.2015)

DO JUÍZO RESCISORIUM

De início, cumpre esclarecer que o objeto da rescisória restringe-se à desconstituição do julgado tão somente em relação ao cômputo do tempo de serviço e, por conseguinte, a concessão do benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, mantendo-se íntegra a aludida decisão quanto aos períodos reconhecidos como especiais e como comuns. Com efeito, é admissível o ajuizamento limitado da rescisória, não sendo absoluto o conceito de indivisibilidade da sentença/acórdão (Precedentes: STF - Pleno, AR. 1.699 - AgRg, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.06.2005; negaram provimento, v.u., DJU 9.9.05, p. 34).

Com efeito, em consulta ao sistema DATAPREV (fls. 264), verifico que o réu continuou a exercer atividade remunerada após a data de entrada do requerimento administrativo (30.07.2001; fl. 37), tendo completado 35 anos de tempo de serviço em 05.07.2004, conforme

planilha de fls. 262, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, na forma prevista no art. 201, §7º, I, da Constituição da República.

Assim sendo, tendo em vista que em 05.07.2004 o réu passou a fazer jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, conforme acima explanado, e em face do disposto no art. 462 do CPC, que impinge ao julgador considerar fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito ocorrido posteriormente ao ajuizamento da ação (no caso, da ação subjacente), é de se conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição a partir de 05.07.2004, descontando-se os valores recebidos por força da r. decisão rescindenda a partir de 11.11.2008 (data de início de pagamento; fl. 236).

Cumprе explicitar os critérios de aplicação da correção monetária e dos juros de mora.

A correção monetária deverá ser calculada pela lei de regência e os juros de mora deverão ser computados a partir do mês seguinte ao presente julgamento.

De outra parte, no tocante ao pedido de restituição formulado pelo INSS, concernente aos eventuais valores que o ora réu teria levantado indevidamente, cabe ponderar que a data de início de pagamento se deu em 11.11.2008, conforme apontando anteriormente, momento em que ele já fazia jus ao benefício em epígrafe, não havendo, assim, numerário a devolver, mas os valores recebidos serão compensados no novo cálculo de liquidação a ser elaborado.

Por derradeiro, os ofícios requisitórios nºs 20130000566 e 20130000567 devem ser cancelados, elaborando-se nova conta de liquidação na forma do presente julgamento.

DO DISPOSITIVO DA RESCISÓRIA

Diante do exposto, *julgo procedente o pedido deduzido na presente ação rescisória* para desconstituir o v. acórdão rescindendo proferido nos autos da AC. n. 2003.61.07.008195-7, com base no art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil e, no *juízo rescisorium*, *julgo parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente*, para reconhecer o direito do réu ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral a partir de 05.07.2004, apurando-se nova renda mensal inicial com adoção do coeficiente de 100% do salário-de-benefício, deduzidos os valores já recebidos por força da r. decisão rescindenda. Verbas acessórias na forma acima explicitada. Determino, ainda, o cancelamento dos ofícios requisitórios nºs 20130000566 e 20130000567. Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0016819-41.2015.4.03.9999
(2015.03.99.016819-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ELIZANGELA DO CARMO MONTEMOR
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ROSANA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS DELGADO
Classe do Processo: AC 2061512
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2015

DECISÃO

Vistos, etc.

I - Trata-se de ação de conhecimento, rito ordinário, ajuizada por ELIZANGELA DO CARMO MONTEMOR em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), objetivando a concessão do benefício de salário- maternidade, na qualidade de pescadora artesanal.

A r. sentença monocrática de fls. 144/145 julgou o pedido procedente e condenou o INSS no pagamento do benefício no valor de quatro salários mínimos vigentes à época do nascimento da criança, acrescido de correção monetária, além de juros moratórios na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/09, bem como honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais). A sentença não foi submetida ao reexame necessário por força do art. 475, § 2º, CPC.

Apelação da Autarquia a fls. 153/157, pretendendo a reforma da decisão. Afirma que a Autora não preenche os requisitos legais pertinentes ao benefício pretendido, uma vez que não acostou aos autos início de prova material (Súmula 149, STJ), tampouco comprovou o exercício da atividade rural contemporâneo ao nascimento do filho. Pretende, mais, que a incidência de juros e correção monetária se dê na forma estabelecida na Lei n. 11.960/09.

O representante ministerial manifestou-se a fls. 174/178, opinando pelo provimento parcial do recurso, unicamente para retificar o índice aplicado na correção monetária.

É o suficiente relatório.

II - É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrário “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e §1º-A, do CPC). Assim, passo à análise do feito na forma do art. 557 do CPC.

O salário-maternidade está previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91 e nos artigos 93 a 103 do Decreto nº 3.048/99, consistindo, segundo Sérgio Pinto Martins, “na remuneração paga pelo INSS à segurada gestante durante seu afastamento, de acordo com o período estabelecido por lei e mediante comprovação médica” (*Direito da Seguridade Social*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 387).

O benefício “é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste,

observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade”, nos termos do art. 71, *caput*, da Lei nº 8.213/91.

Depreende-se que, para a concessão do referido benefício, é necessário que a beneficiária possua a qualidade de segurada e comprove a maternidade.

O artigo 71 da Lei Previdenciária, em sua redação original, apenas contemplava a empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica como beneficiárias do salário-maternidade. Este rol foi acrescido da segurada especial pela Lei nº 8.861/94 e, posteriormente, com a edição da Lei nº 9.876/99, foram contempladas as demais seguradas da Previdência Social.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é:

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. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1998, p. 626).

Apenas as seguradas contribuintes individuais (autônomas, eventuais, empresárias etc.) devem comprovar o recolhimento de pelo menos 10 (dez) contribuições para a concessão do salário-maternidade. No caso de empregada rural ou urbana, trabalhadora avulsa e empregada doméstica tal benefício independe de carência.

A trabalhadora em regime de economia familiar, considerada segurada especial, também não necessita comprovar o recolhimento de contribuições previdenciárias, bastando apenas demonstrar o exercício da referida atividade nos 12 (doze) meses anteriores ao início do benefício, ainda que de forma descontínua, nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

Neste sentido o entendimento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário- maternidade no valor de um salário-mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício (artigo 39, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91). É que nem sempre há contribuição em todos os meses, continuamente, em função da atividade tipicamente sazonal do agricultor, do pecuarista, do pescador, e de outras categorias abrangidas pela hipótese legal.

(*Manual de Direito Previdenciário*. 3ª ed., São Paulo; LTr, 2002, p. 390).

Especificamente no que tange à comprovação de atividade rural, não se exige que a prova material se estenda por todo o período de carência, mas faz-se imprescindível que a prova testemunhal amplie a eficácia probatória dos documentos acostados, como se verifica em julgados do C. STJ prolatados na forma do art. 543-C, CPC:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.
2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil “a prova testemunhal é sempre

admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, “não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Súmula 149/STJ). 3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.

4. A Lei de Benefícios, ao exigir um “início de prova material”, teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.

5. Ainda que inexistia prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.

6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.

7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1348633/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 05/12/2014)

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SEGURADO ESPECIAL. TRABALHO RURAL. INFORMALIDADE. BOIAS-FRIAS. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/1991. SÚMULA 149/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVA MATERIAL QUE NÃO ABRANGE TODO O PERÍODO PRETENDIDO. IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. EXTENSÃO DA EFICÁCIA PROBATÓRIA. NÃO VIOLAÇÃO DA PRECITADA SÚMULA.

1. Trata-se de Recurso Especial do INSS com o escopo de combater o abrandamento da exigência de produção de prova material, adotado pelo acórdão recorrido, para os denominados trabalhadores rurais boias-frias.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Aplica-se a Súmula 149/STJ (“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário”) aos trabalhadores rurais denominados “boias-frias”, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material.

4. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, o STJ sedimentou o entendimento de que a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

5. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, não obstante tenha pressuposto o afastamento da Súmula 149/STJ para os “boias-frias”, apontou diminuta prova material e assentou a produção de robusta prova testemunhal para configurar a recorrida como segura especial, o que está em consonância com os parâmetros aqui fixados.

6. Recurso Especial do INSS não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1321493/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/12/2012)

Ademais, admite-se como início de prova material, documentação em nome dos pais ou outros membros da família, que os qualifique como rurícolas, em especial quando demonstrado que a parte autora compunha referido núcleo familiar à época do exercício do trabalho rural:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. DOCUMENTOS EM NOME DO PAI. POSSIBILIDADE.

1. Não inviabiliza a prova o fato de o documento estar em nome do pai da autora, tendo em vista que a cooperação de seus integrantes é o que caracteriza o trabalho no regime de economia familiar.

2. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 463.855/SC, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2003, DJ 02/08/2004, p. 582)

PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. ATIVIDADE RURAL. COMPROVAÇÃO. ROL DE DOCUMENTOS EXEMPLIFICATIVO. ART. 106 DA LEI 8.213/91. DOCUMENTOS EM NOME DE TERCEIRO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO. QUESTÕES NÃO DEBATIDAS. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único da Lei 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo.

II - Na hipótese dos autos, houve o necessário início de prova material, pois a autora apresentou documentos em nome do marido e do pai, o que também lhe aproveita.

III - Neste contexto, tendo trabalhado na agricultura juntamente com seus pais e demais membros da família, despendendo a documentação em nome próprio.

IV - A jurisprudência desta Eg. Corte é robusta ao considerar válidos os documentos em nome dos pais ou do cônjuge para comprovar atividade rural.

V - Não é possível, em sede de agravo interno, analisar questões não debatidas pelo Tribunal de origem, nem suscitadas em recurso especial ou em contra-razões, por caracterizar inovação de fundamentos.

VI - Agravo interno desprovido.

(AgRg no Ag 618.646/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 424)

Trago, mais, orientação desta 8ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

- Não procede a insurgência da parte agravante.

- O pedido para reconhecimento da atividade exercida na lavoura, para fins de salário-maternidade funda-se no seguinte documento: Carteira da Cooperativa Regional dos Trabalhadores Autônomos Coletivos de Taquarituba, em nome da autora; CTPS da autora, sem registros; Certidão de casamento dos pais da autora, em 29/06/2009, indicando a profissão de lavrador do genitor; Certidão de nascimento da autora, em 05/02/1979, constando que o pai é lavrador; Certidão de nascimento da filha, em 26/11/2004.

- As testemunhas declaram que a autora trabalhou na lavoura. Sustentam que a requerente desenvolveu essa atividade quando estava grávida.
 - Não consta dos autos, qualquer documento demonstrando a atividade rural alegada pela autora, seja como boia-fria ou em regime de economia familiar.
 - Os elementos indicando o labor rural do genitor comprovam a ligação de seu pai à terra, contudo, não possuem o condão de demonstrar que a requerente efetivamente exerceu atividade campestre, no período anterior ao nascimento de seu filho.
 - O início de prova material juntado é frágil não tendo o condão de confirmar o exercício de atividade campestre da autora, seja como boia-fria ou em regime de economia familiar, pelo período legalmente exigido, para fins de salário-maternidade.
 - Quanto à demonstração da atividade rural da autora, saliento que a prova testemunhal colhida, por si só, é insuficiente para o reconhecimento do direito que se pretende demonstrar.
 - A Súmula 149, do E. STJ, que diz: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário”.
 - Impossível o deferimento do benefício.
 - Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.
 - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.
 - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.
 - Agravo improvido.
- (TRF-3, AC 0018454-33.2010.4.03.9999, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 01/12/2014).

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. PROVA. AUSÊNCIA.

I - *In casu*, não sendo admitida a comprovação do efetivo exercício de atividade no campo por meio de prova exclusivamente testemunhal, não há como possa ser concedido o benefício pleiteado.

II - O art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o decurso que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

III - Agravo improvido.

(TRF-3, AC 0001487-76.2012.4.03.6139, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. NEWTON DE LUCCA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2015).

No caso dos autos, a autora apresentou a Certidão de Nascimento (fl. 12), que comprova o nascimento de sua filha, Carmem Miriam Montemor, em 30/11/2004, na qual a profissão da Autora está indicada como “diarista”.

Segundo o relato contido na inicial, a Autora labora como pescadora juntamente com

seus familiares desde a adolescência, inclusive durante a gestação. A fim de comprovar o labor rural, a autora acostou:

1) cópia de sua carteira de pescadora profissional, expedida em 06/07/2009 e com validade até 21/05/2010 (fls. 13);

2) cópia de carteiras de pescador profissional do genitor da Autora, Sr. Geraldo Montemor, expedida em 05/03/1999 e com validade até 05/03/2000 (fls. 14), e expedida em 18/09/2000 e com validade até 16/09/2001 (fls. 15);

3) cópia de autorização para pesca, datada de 17/02/2009 e com validade de 120 dias, deferida pela Marinha do Brasil ao Sr. Geraldo Montemor (fls. 18);

4) cópias da Caderneta de Inscrição e Registro do Sr. Geraldo Montemor como pescador profissional, expedida em 27/05/08 e com validade até 27/05/2013 (fls. 19/22);

5) cópias da Caderneta de Inscrição e Registro do Sr. Geraldo Montemor como pescador profissional, expedida em 01/03/1984 (fls. 23);

6) cópia de nota fiscal de compra de motor de popa, em nome do Sr. Geraldo Montemor, datada de 20/02/1993 (fls. 24);

7) cópia de carteira de vacinação da filha da Autora (fls. 25/26).

Acresça-se que, em juízo, foram colhidos depoimentos de duas testemunhas, que afirmaram que a Autora auxilia na atividade pesqueira desde tenra idade, durante a gravidez e até a presente data (fls. 131/133).

Tenho que a documentação acostada pela Autora comprova o labor campesino, exercido em regime de economia familiar de subsistência no período imediatamente anterior ao parto, conforme o exige o art. 39, p.u., da Lei 8.213/91.

Ademais, o relatório CNIS da Autora indica um único vínculo urbano, em junho/2012 anos depois do nascimento da filha (fls. 156). A inscrição da Autora como pescadora profissional (fl. 13), além da demonstração do exercício da pesca pelo seu genitor durante toda sua vida (conforme cópias de carteiras de inscrição como pescador, além de autorização para pesca e nota fiscal de compra de motor), configuram início de prova material suficiente do exercício de atividade pesqueira em economia familiar no período imediatamente anterior ao parto.

E tal documentação é reforçada pela prova testemunhal produzida, em que há menção ao fato da Autora auxiliar seu pai desde jovem, bem antes da gravidez.

Saliente-se, como já mencionado, que não se exige que a prova documental refira-se a todo o período da carência legal, desde que haja seu suprimento pela prova testemunhal produzida, como na espécie.

Além do mais, o benefício pugnado, por não depender de custeio, assume, em verdade, natureza assistencial, o que permite concluir que fez o legislador associação do segurado especial - que extrai da terra o básico para sua sobrevivência - com a situação de hipossuficiência econômica, característica intrínseca à essência das prestações dessa natureza.

As prestações vencidas devem ser corrigidas monetariamente na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal em vigor por ocasião da requisição do respectivo pagamento, consoante orientação jurisprudencial desta Turma:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

- Agravo legal, interposto pela parte autora, em face da decisão monocrática que negou se-

guimento ao seu agravo retido e ao seu apelo, mantendo a sentença de extinção da execução nos termos do artigo 794, I, do CPC.

- Alega a agravante que a obrigação não foi satisfeita, existindo saldo remanescente em seu favor, posto que não computados os juros moratórios entre a data da elaboração da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório no orçamento, no importe de 1% ao mês. Afirma que o artigo 100 da CF estabeleceu expressamente que durante o trâmite do precatório dever haver a incidência dos juros simples no mesmo percentual da caderneta de poupança (0,5%). Sustenta que, a teor do julgamento das ADIs 4357 e 4425, a TR não pode ser utilizada como fator de correção monetária, devendo ser utilizado, em seu lugar, o INPC.

- No julgamento da questão de ordem suscitada no RE nº 591085, em 04.12.2008, o Pleno da Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral e ratificou o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema, no sentido de que não incidem juros de mora sobre os precatórios, no período compreendido entre a sua expedição - inclusão no orçamento das entidades de direito público - e o seu pagamento, quando realizado até o final do exercício seguinte, ou seja, dentro do prazo constitucional de 18 meses.

- A Corte Especial do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.143.677-RS, representativo da controvérsia, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 4/2/2010, ratificou o posicionamento já consolidado naquele Tribunal, no sentido da não incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento do Precatório/Requisição de Pequeno Valor (RPV).

- Os Precatórios nº 20100080011 e 20100080012, foram distribuídos neste E. Tribunal Regional Federal em 11/06/2010, e pagos em 20/04/2011, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.

- Em vista da necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a fim de orientar e simplificar a pesquisa dos procedimentos administrativos e processuais, que regulam o funcionamento da Justiça Federal na Terceira Região, foi editada a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região - Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005, que impôs obediência aos critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

- A correção monetária do valor requisitado é efetuada por ocasião do pagamento, de acordo com sistemática preceituada no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal em vigor, o qual é alterado por meio de Resoluções do CJF, em vista da dinâmica do ordenamento jurídico e da evolução dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema de cálculos jurídicos.

- *In casu*, os valores foram pagos nos termos do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 134/2010, em respeito ao *tempus regit actum*, que previa a TR para atualização dos valores.

- Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito. Precedentes.

- É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

- *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida. - Agravo legal improvido.

(TRF-3, AC 0002353-18.2011.4.03.6140, OITAVA TURMA, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/04/2015).

Ante o exposto, em atenção ao entendimento predominante no C. STJ e neste Tribunal, dou parcial provimento à apelação do INSS, na forma do art. 557 do CPC, unicamente para alterar os critérios de atualização monetária, na forma da fundamentação “supra”.

III - Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à origem.

São Paulo, 17 de julho de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0039473-12.1997.4.03.6100

(2000.03.99.048707-4)

Agravantes: FIBAM CIA. INDL. S.A E OUTROS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 659/660

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO

Classe do Processo: ApelReex 618413

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2015

EMENTA

AGRAVO INOMINADO. ART. 557, CPC. RETRATAÇÃO PREVISTA NO ART. 543-C, § 7º DO CPC. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. CABIMENTO.

1. Correção de erro material no dispositivo da decisão agravada.
2. O julgamento monocrático pelo Relator está autorizado pelo art. 557, do Código de Processo Civil, inexistindo violação ao devido processo legal.
3. A retratação prevista no art. 543-C, § 7º, do CPC, consiste na reapreciação do recurso interposto, de modo a adequar a orientação do Tribunal de origem àquela firmada pelo STJ.
4. Preenchidos os requisitos previstos no art. 557, do CPC, pode o Relator julgar monocraticamente a questão, mesmo tratando-se de retratação.
5. A decisão agravada encontra-se em consonância com a orientação firmada pelo STJ nos recursos repetitivos em destaque, bem como da jurisprudência atual do STJ e desta Terceira Turma, sendo cabível, portanto, a aplicação do art. 557 do CPC.
6. Correção de ofício de erro material e improvimento do Agravo legal.

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, corrigir de ofício erro material do dispositivo da decisão agravada e negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de maio de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Cuida-se de agravo legal interposto pela União Federal, com fundamento no artigo 557, § 1º, do CPC, em face da decisão monocrática de fls. 659/660 vº, a qual, em sede do juízo de retratação previsto no artigo 543-C, § 7º, inciso II, e amparada no artigo 557, ambos do referido diploma legal, deu parcial provimento à apelação da autora e negou seguimento à remessa oficial.

Pleiteou a agravante a reforma da decisão, ao fundamento de que o Relator não poderia, monocraticamente, exercer o juízo de retratação previsto no artigo 543-C, do Código de Processo Civil - CPC, pois esta atribuição é de competência da Turma Julgadora, violando o dispositivo legal mencionado.

Requer o provimento do presente agravo para que a questão debatida seja levada ao conhecimento da Turma.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Inicialmente, corrijo de ofício erro material constante da decisão monocrática ora agravada, para que conste do dispositivo que também foi negado seguimento à apelação fazendária.

No mais, o recurso não merece prosperar.

Cabe registrar, de pronto, a ausência de violação ao devido processo legal, pois o julgamento monocrático pelo Relator está autorizado pelo artigo 557, do Código de Processo Civil, segundo o qual este poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, bem como dar-lhe provimento se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

In casu, o Superior Tribunal de Justiça julgando os recursos especiais ns. 1.269.570/MG e 1.112.524/DF, alçados como representativos de controvérsia e submetidos à sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil, reconheceu a aplicação do prazo decenal para a compensação/repetição e tratou dos índices de correção monetária aplicáveis, respectivamente.

Dessa forma, conforme decisão de fls. 657/657 vº, os autos foram devolvidos à Turma Julgadora para o exercício do juízo de retratação, sendo os autos conclusos ao Relator, o qual, utilizando-se dos poderes conferidos pelo artigo 557, do CPC, deu parcial provimento à apelação da autoria e negou seguimento à remessa oficial (e também à apelação fazendária, como suprida a omissão da decisão quanto a tal recurso), considerando os paradigmas proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento da matéria, na sistemática dos recursos repetitivos, bem como a alteração da jurisprudência desta Terceira Turma, inclusive acompanhando o entendimento da Corte Guardiã da Constituição especificamente quanto à questão da prescrição.

Ressalto, neste ponto, que inexistente óbice a que o artigo 557, do diploma processual civil seja aplicado também nas retratações decorrentes da sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

Com efeito, o inciso II do § 7º do artigo 543-C do CPC estabelece que “serão novamente examinados pelo *tribunal de origem*, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça..” (grifos nossos).

Ao contrário do que quer fazer crer a agravante, citado dispositivo legal não atribui competência privativa ao órgão colegiado para exercer o juízo de retratação, estabelecendo que este deve ser realizado pelo Tribunal, do qual, evidentemente, os Desembargadores são órgãos integrantes.

Ademais, sendo a retratação em questão nada mais do que a reapreciação do recurso interposto, de modo a adequar a orientação àquela firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, amoldando seu entendimento à jurisprudência pacífica daquela Corte, pode o Relator apreciar monocraticamente o recurso.

No caso em análise é preciso ressaltar que a decisão agravada encontra-se em consonância com a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça e também desta Terceira Turma. Relativamente ao Recurso Especial n. 1.269.570/MG - que trata do prazo prescricional - de se ressaltar que tanto o STJ quanto esta Terceira Turma alteraram o entendimento sobre a questão em debate para acompanhar a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 566.621/RS.

Não há que se falar, ainda, em descumprimento à decisão proferida pela Vice-Presidência, já que, devolvidos os autos à Turma, foram eles conclusos a este Relator que, conforme acima ressaltado, utilizando-se dos poderes conferidos pelo artigo 557 do CPC, deu provimento à apelação da autoria e negou seguimento à remessa oficial e à apelação fazendária, já que a sentença contrariava a jurisprudência dominante do STF, do STJ e da própria Terceira Turma deste Tribunal Regional.

Cabe frisar, ainda, que os recursos distribuídos perante os Tribunais originariamente seriam julgados por seus órgãos colegiados. Entretanto, o citado artigo 557 do diploma processual civil, inserido no capítulo que trata da “Ordem dos Processos no Tribunal”, possibilitou a apreciação pelo Relator quando houver jurisprudência dominante ou súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, de Tribunal Superior ou do próprio Tribunal de origem - no caso de negativa de seguimento -, tendo sido declarada a constitucionalidade de tal disposição.

Dessa forma, se o Relator pode, monocraticamente, julgar o recurso distribuído, deixando de submetê-lo ao julgamento da Turma da qual faz parte, porque não poderia, também monocraticamente, exercer o juízo de retratação previsto no art. 543-C, do CPC, ainda mais quando a retratação exercida conforma-se com jurisprudência da própria Turma, como ocorre neste caso?

Data venia, entendo que não há razão para subtrair a retratação em análise da apreciação monocrática pelo Relator desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 557 do Código de Processo Civil, prestigiando-se, dessa forma, os princípios da segurança jurídica e da celeridade, uma vez que tal mecanismo visa a adequar o entendimento dos Tribunais àquele firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos recursos sobre matéria submetida à sistemática dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, prevista no art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, de ofício, corrijo erro material da decisão monocrática e nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0008663-95.2004.4.03.6104

(2004.61.04.008663-5)

Agravante: AUREA CHRISTINA MACHADO COSTA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 221/223

Apelante: AUREA CHRISTINA MACHADO COSTA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: AC 1225356

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTA DE LIQUIDAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS ADIS 4.357 E 4.425 PELO STF. EFEITOS A PARTIR DE 25/03/2015. IMPROVIDO.

- Conferindo eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, o STF decidiu que a declaração de inconstitucionalidade proferida nas ADIs 4.357 e 4.425 só tem eficácia a partir da conclusão do julgamento, ou seja, 25/03/2015. - - Quanto à correção monetária, considerou válido o índice básico da caderneta de poupança para a correção dos precatórios até 25/03/2015 e estabeleceu sua substituição pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), resguardando, contudo, os precatórios expedidos de acordo com as disposições das LDOs dos anos de 2014 e 2015, as quais já haviam fixado o IPCA-E como índice de correção.

- No que concerne à atualização dos atrasados nas ações previdenciárias até a modulação, há que incidir a correção monetária de acordo com a remuneração básica da caderneta de poupança até 25/03/2015, aplicando-se os critérios do Manual de Cálculos, aprovado pela Resolução 134/2010, que prevê a TR como indexador a partir de 30.06.09, sem a adoção, neste período, do INPC, previsto na Resolução 267/13.

- Caso o título executivo judicial tenha determinado a correção monetária sobre as prestações em atrasado de acordo com o Manual aprovado pela Resolução 134/2010, com a modificação trazida pela Resolução 267/2013, que substituiu a TR pelo INPC como incide de correção monetária antes de 25/03/2015, se decorrido o prazo sem a interposição do recurso cabível, o título não poderá ser modificado na execução de sentença, devendo ser preservados os critérios da coisa julgada em relação aos consecutórios.

- Nas condenações impostas à Fazenda não há que se aplicar a TR a partir de 26/03/2015. Deve incidir, a partir de então, o INPC, índice aplicável aos benefícios previdenciários, conforme previsão do art. 31 da Lei 10.741/2003 combinado com o art. 41-A da Lei 8.213/91, podendo ser desconstituída a sentença, ainda que coberta pela coisa julgada, que tenha decidido em sentido contrário, depois da modulação dos efeitos das ADIs 4.357 e 4.425.

- Atualização monetária dos precatórios/RPVs: disciplinada nos moldes da Resolução 168/2011, do CJF, a qual prevê a TR como indexador ou outro índice que vier a substituí-la, não há mudança em relação aos precatórios federais, que por lei orçamentária

já seguiam o IPCA-E. Isto porque, mantida a validade das requisições de pagamento expedidas e pagas com aplicação da TR até 26/03/2015, foram resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15.

- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de junho de 2015.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto por Aurea Christina Machado Costa em face de decisão monocrática de fls. 221/223, que negou seguimento à apelação.

Sustenta o agravante, em síntese, que a decisão merece ser reconsiderada, com a aplicação de juros no período entre a data da conta e a inscrição do requisitório, bem como de diferenças a título de correção monetária, tendo em vista o julgamento da modulação dos efeitos das ADIs 4.357 e 4.425 pelo STF.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

O agravo interposto não merece acolhimento.

A parte agravante aduz que há saldo remanescente na conta em razão dos juros de mora, bem como da correção monetária, tendo em vista o julgamento da modulação dos efeitos das ADIs 4.357 e 4.425 pelo STF.

Embora o julgamento acima exposto tenha ocorrido após a prolação da decisão agravada, este não alterará em nada o seu resultado, senão vejamos:

Enquanto nas condenações impostas à Fazenda a correção monetária sobre o valor devido deve observar a Lei 9.494/97, a atualização dos precatórios e das requisições de pequeno valor rege-se pela Constituição Federal e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Pois bem. Em suma, sobre o tema em debate, destaco que dispôs o art. 100 e §12, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 62/09:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

(...)

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Na mesma linha, a Lei nº 11.960/2009, em 29.06.2009, dando nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, dispôs acerca da atualização e dos juros de mora que incidem sobre as condenações impostas à Fazenda Pública:

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.

Aplicando-se os critérios da Lei nº 11.960/09, dada sua natureza processual, aos processos em curso, não só aos ajuizados depois da sua vigência e mesmo no momento do cumprimento do julgado, o Supremo Tribunal Federal, por meio das ADIs 4.357 e 4.425, veio a declarar a inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” do § 12, do art. 100, da CF/88, com redação dada pela EC 62/09, e, na mesma extensão, declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Entretanto, ficou pendente o alcance dos efeitos dessa decisão.

Embora aguardada a modulação dos efeitos das ADIs 4.357 e 4.425, na medida em que foi declarada a inconstitucionalidade, tão-somente, do índice de correção monetária, logo se extraiu do julgado do STF a manutenção da eficácia do art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que concerne aos juros de mora devidos pela Fazenda, os quais devem corresponder aos juros incidentes sobre a caderneta de poupança, isto é, 0,5%:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. ÍNDICE. INCIDÊNCIA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. REDAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE.

1. Nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, os juros moratórios corresponderão aos dos depósitos em cadernetas de poupança. Tal compreensão decorre da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/09, proferida nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF.

2. A pendência de julgamento ou de publicação de acórdão proferido em ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ, salvo determinação expressa do STF.

3. Com relação à correção monetária, impõe-se o afastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, conforme declaração de inconstitucionalidade parcial proferida nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF.

4. Tratando-se de benefício previdenciário, dado haver norma específica, impõe-se, quanto à correção monetária, a observância do art. 41-A da Lei nº 8.213/91, que determina a aplicação do INPC.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 550200/PE, Ministro OG FERNANDES, DJe de 14/11/2014)

Também, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do CJF, o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, que previu a TR como indexador, a partir de 30.06.09, data da vigência da Lei nº 11.960/09, diante do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, a Resolução 267/2013, do mesmo Conselho, promoveu modificação do Manual de Cálculos. A Resolução de 2013, deixando de prever a TR como indexador, especificamente, tratando-se de sentença proferidas em ações previdenciárias manteve como indexador o INPC, índice que era aplicado desde a entrada em vigor da Lei nº 11.430/06, que acrescentou o art. 41-A à Lei 8.213/91, afastando o IGP-DI.

Outra alteração deu-se em relação aos juros. Nas condenações impostas à Fazenda, de acordo com a previsão do art. 1º-F, da Lei nº 9494 /97, na redação dada pela Lei nº 11.960/09, deve-se observar a correspondência com os incidentes sobre a caderneta de poupança. Assim, prevista na Lei 8.177/91 a sistemática dos juros da caderneta de poupança, em razão da alteração introduzida pela MP 567/12, convertida na Lei 12.705/12, os juros incidem no percentual de 0,5% ao mês desde julho/09 e, a partir de maio/12, por força da Lei 12.705/12, vinculam-se de à variação da taxa SELIC, observado o teto de 70% da referida taxa mensalizada, quando o percentual for igual ou inferior a 8,5% ao ano.

Ainda, a LDO 2014, Lei nº 12.919/2013, e a LDO 2015, Lei nº 13.080/2015, acabaram por fixar o IPCA-E como índice de correção monetária dos precatórios/RPVs devidos pela Fazenda Pública Federal.

No entanto, ainda se encontrando pendente a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Plenário da Corte Suprema ratificou, na seção de julgamento de 24/10/13, a medida liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux, nos autos das ADIs 4.357 e 4.425, na qual se determinou, “ad cautelam”, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal dessem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.

Diante desta decisão o STF, seja em sede de reclamação, seja em sede de recurso extraordinário, se posicionou no sentido de que deve ser aplicado o art. 5º, da Lei 11.960/09, que prevê a correção monetária e os juros de acordo com os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança até apreciação do pedido de modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA EM CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009. DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO NAS ADIs 4.357 E 4.425. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NOS AUTOS DAS ADIs, REFERENDADA PELO PLENÁRIO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. APLICAÇÃO DE ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DIVERSO DO FIXADO PELO ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997 SEM CONSIDERAR A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO DAS REFERIDAS AÇÕES DIRETAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(STF, RE 825213 ED, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 23-02-2015)

Também esta Corte no mesmo sentido se posicionou:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ERRO DE FATO. INÉPCIA DA INICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR. DOCUMENTO RECENTE. EXIGÊNCIA INDEVIDA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. OCORRÊNCIA. ART. 143 DA LEI DE BENEFÍCIOS. REQUISITOS COMPROVADOS. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. APLICABILIDADE.

1 - Reconhecida a inépcia da inicial em relação ao pleito de rescisão do v. acórdão com base no inciso IX do art. 485 do Codex Processual, haja vista a ausência de exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, o que é imprescindível.

2 - A violação de literal disposição de lei, a autorizar o manejo da ação nos termos do dispositivo transcrito, é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego inadequado. Pressupõe-se, portanto, que a norma legal tenha sido ofendida em sua literalidade pela decisão rescindenda.

3 - O legislador não impôs qualquer exigência no sentido de que o início de prova material, requisito necessário para comprovação da atividade rurícola, conforme art. 55, § 3º, da Lei de Benefícios, fosse contemporâneo ao período imediatamente anterior ao requerimento.

4 - As Certidões de Casamento e a de Nascimento, que qualificam o marido da demandante como lavrador em 10.06.1950 e em 26.01.1974, respectivamente, constituem-se em início de prova material e satisfazem à exigência do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e da Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça.

5 - Da leitura do dispositivo dos julgamentos proferidos em conjunto nas ADIN's nº 4357-DF e nº 4425/DF, muito embora não restem dúvidas quanto ao objeto essencial da manifestação proferida nestes feitos, com efeito transcendente na redação atual do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, ou seja, a inconstitucionalidade de quaisquer critérios de fixação de juros e atualização monetária atrelados aos índices de remuneração da caderneta de poupança, fato é que paira dúvida relacionada ao alcance da modulação de seus efeitos, ou mesmo se o Excelso Pretório aplicará ao julgamento a regra prevista pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, outorgando somente efeitos prospectivos à sua decisão.

6 - A rigor, embora formalmente se tenha a declaração de inconstitucionalidade da norma, nos termos firmados na apreciação das ADIN's nº 4357-DF e nº 4425/DF, é inegável a constatação de que é necessário a integração do julgamento pelo conteúdo da decisão de “modulação de seus efeitos”, ainda que o Excelso Pretório conclua que referida técnica não se aplica à hipótese daqueles autos. Ausente pronunciamento acerca da abrangência dos efeitos, em definitivo, das ADIN's, não há como afirmar-se, categoricamente, que é razoável, desde logo, se restabelecer o sistema legal anterior sobre a matéria.

7 - Juros moratórios fixados no percentual de 1% ao mês, contados da citação, por força dos arts. 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN. A partir de 29/6/2009, com a incidência do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (redação conferida pela Lei nº 11.960/09).

8 - Preliminar de inépcia da inicial suscitada acolhida. Pedidos da ação rescisória e da ação subjacente procedentes. Tutela específica concedida.(TRF/3ª Região, AR 00405466820064030000, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, e-DJF3 Judicial 1 de 15/07/2013)

E, neste contexto, foi concluído, na data de 25/03/2015, o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, resolvendo a questão da modulação temporal dos efeitos da decisão.

Conferindo eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, o STF decidiu que a declaração só tem eficácia a partir da conclusão do julgamento, ou seja, 25/03/2015. Fixado o momento dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade, quanto à correção monetária, considerou válido o índice básico da caderneta de poupança para a correção dos precatórios até 25/03/2015 e estabeleceu sua substituição pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), resguardando, contudo, os precatórios expedidos de acordo com as disposições das LDOs dos anos de 2014 e 2015, as quais já haviam fixado o IPCA-E como índice de correção.

Em razão dos efeitos quanto ao tempo da decisão dada nas ADIs 4.357 e 4.425, preservada a eficácia da previsão do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, na redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que concerne à atualização dos atrasados nas ações previdenciárias até a modulação, há que incidir a correção monetária de acordo com a remuneração básica da caderneta de poupança até 25/03/2015, aplicando-se os critérios do Manual de Cálculos, aprovado pela Resolução 134/2010, que prevê a TR como indexador a partir de 30.06.09, sem a adoção, neste período, do INPC, previsto na Resolução 267/13.

Contudo, embora não tenha sido dado efeito retroativo à declaração, tendo o STF julgado inconstitucional a correção pela TR, é certo que, caso o título executivo judicial tenha determinado a correção monetária sobre as prestações em atrasado de acordo com o Manual aprovado pela Resolução 134/2010, com a modificação trazida pela Resolução 267/2013, que substituiu a TR pelo INPC como incide de correção monetária antes de 25/03/2015, se decorrido o prazo sem a interposição do recurso cabível, o título não poderá ser modificado na execução de sentença, devendo ser preservados os critérios da coisa julgada em relação aos consectários.

Evidentemente, também, definido o alcance no tempo da declaração de inconstitucionalidade, nas condenações impostas à Fazenda não há que se aplicar a TR a partir de 26/03/2015. Deve incidir, a partir de então, o INPC, índice aplicável aos benefícios previdenciários, conforme previsão do art. 31 da Lei 10.741/2003 combinado com o art. 41-A da Lei 8.213/91, podendo ser desconstituída a sentença, ainda que coberta pela coisa julgada, que tenha decidido em sentido contrário, depois da modulação dos efeitos das ADIs 4.357 e 4.425.

Quanto à atualização monetária dos precatórios/RPVs, disciplinada nos moldes da Resolução 168/2011, do CJF, a qual prevê a TR como indexador ou outro índice que vier a substituí-la, não há mudança em relação aos precatórios federais, que por lei orçamentária já seguiam o IPCA-E. Isto porque, mantida a validade das requisições de pagamento expedidas e pagas com aplicação da TR até 26/03/2015, foram resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15.

Em relação aos juros de mora dos cálculos de liquidação, como visto, não se estendendo aos juros a decretação de inconstitucionalidade, permanecendo a aplicação da taxa de juros aplicada como remuneração dos depósitos em caderneta de poupança a partir de julho/2009, data da alteração da Lei 11.960/09 ao art. 1º, da Lei 9.494/97, é certo que não incidem durante o período do precatório, restando assentada a posição de que não são devidos juros entre a data da conta de liquidação e a data de inscrição do débito no orçamento ou mesmo entre a data da conta e a data de sua homologação (AgRg nos EAg 1253958 / RS, Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, DJe 19/12/2011).

Dito tudo isso, no caso em tela, o precatório foi pago em conformidade com os critérios do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 134/2010, que utiliza a TR como indexador nas condenações impostas à Fazenda nas ações previdenciária, portanto não merece reparos.

Posto isso, NEGO PROVIMENTO ao agravo.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0013461-33.2012.4.03.6100

(2012.61.00.013461-5)

Embargantes: UNIÃO FEDERAL E TB SERVIÇOS, TRANSPORTE, LIMPEZA, GERENCIAMENTO E RECURSOS HUMANOS LTDA.

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 611/616v

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: AMS 345424

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VERBAS INDENIZATÓRIAS. INEXIGIBILIDADE. REDISCUSSÃO. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL SOBRE A MATÉRIA CONTROVERTIDA.

1. Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no art. 535 do Código de Processo Civil, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios (STJ, EDEREsp nº 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07; EDEREsp nº 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07; EDAGA nº 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07).

2. É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional (STJ, AGRESp nº 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07; AGRESp nº 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05).

3. O acórdão embargado tratou corretamente a matéria: “O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento vinculante (CPC, art. 543-C) no sentido da incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos empregados a título de salário maternidade, e a não incidência sobre o abono de férias (terço constitucional de férias), aviso prévio indenizado, e sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias que antecedem a concessão do auxílio-doença/acidente (REsp nº 1.230.957, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.02.14). O entendimento jurisprudencial desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que incide a contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título férias, adicional de horas extras, e do décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado”.

4. A não inclusão das verbas indenizatórias na base de cálculo da contribuição e seus reflexos nos benefícios não acarretam a exigibilidade da incidência sobre tais valores (CR, arts. 195, I, a, 201, §11). Não houve o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, concluiu-se que os valores pagos não estavam abrangidos pela hipótese legal de incidência (CR, art. 97; Lei nº 8.212/91, arts. 22, I, 28, §9º), conforme jurisprudência sobre a matéria, mesmo que desprovida de efeito vinculante (CR, art. 103-A).

5. Embargos de declaração não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de junho de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de embargos de declaração interpostos por TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda. e pela União contra o acórdão de fls. 611/616v., que deu parcial provimento ao reexame necessário e negou provimento às apelações, nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VERBAS INDENIZATÓRIAS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento vinculante (CPC, art. 543-C) no sentido da incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos empregados a título de salário maternidade, e a não incidência sobre o abono de férias (terço constitucional de férias), aviso prévio indenizado, e sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias que antecedem a concessão do auxílio-doença/acidente (REsp nº 1.230.957, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.02.14).
2. O entendimento jurisprudencial desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que incide a contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título férias, adicional de horas extras, e do décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado.
3. Os valores recolhidos indevidamente a título de contribuição previdenciária não podem ser compensados com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, pois o disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96 não se aplica às contribuições previstas no art. 11, alíneas a, b, c, da Lei nº 8.212/91, conforme ressalvado pelo art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/07.
4. Apelações não providas. Reexame necessário parcialmente provido.

TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda. alega, em síntese, o seguinte:

- a) não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de salário maternidade, adicional de horas extras e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado;
- b) o acórdão não se manifestou quanto à aplicabilidade do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91 (fls. 620/623).

A União alega, em síntese, o seguinte:

- a) deve incidir contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de férias usu-

fruídas, terço constitucional de férias, valores pagos nos quinze primeiros dias de afastamento por doença ou acidente, aviso prévio indenizado e abonos assiduidade e único;

b) o acórdão não se manifestou quanto à aplicabilidade dos arts. 22, I, 28, I, § 9º, da Lei nº 8.212/91; art. 60, § 3º, da Lei nº 8.213/91; dos arts. 7º, XVII, 97, 103-A, 150, § 6º, 195, § 5º, e 201, § 11º, da Constituição da República (fls. 625/630v.).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito predestinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006. (...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp nº 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...) REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

3. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp nº 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. (...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie. (...) (STJ, EDAGA nº 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento

também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no *decisum*.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infra-constitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. (...)

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp nº 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR. (...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp nº 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Os embargos de declaração não merecem provimento.

O acórdão embargado tratou corretamente a matéria:

O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento vinculante (CPC, art. 543-C) no sentido da incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos empregados a título de salário maternidade, e a não incidência sobre o abono de férias (terço constitucional de férias), aviso prévio indenizado, e sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias que antecedem a concessão do auxílio-doença/acidente (REsp nº 1.230.957, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.02.14).

O entendimento jurisprudencial desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que incide a contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título férias, adicional de horas extras, e do décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado (fl. 614v./615)

A não inclusão das verbas indenizatórias na base de cálculo da contribuição e seus reflexos nos benefícios não acarretam a exigibilidade da incidência sobre tais valores (CR, arts. 195, I, *a*, 201, §11). Não houve o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, concluiu-se que os valores pagos não estavam abrangidos pela hipótese legal de incidência (CR, art. 97; Lei nº 8.212/91, arts. 22, I, 28, §9º), conforme jurisprudência sobre a matéria, mesmo que desprovida de efeito vinculante (CR, art. 103-A).

Não se entrevê qualquer contradição, omissão ou obscuridade no acórdão embargado, mas apenas o inconformismo com o resultado do julgado, não sendo cabível este recurso para

a rediscussão da causa ou para instar o órgão jurisdicional a se manifestar acerca de determinado dispositivo legal.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0014423-86.2013.4.03.0000

(2013.03.00.014423-3)

Agravante: SINDICATO DOS TRABALHADORES PÚBLICOS FEDERAIS NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - SINDSEP/MS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 77/79v

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

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: AI 506872

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INVIABILIDADE DA CONCESSÃO AO SINDICATO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Estabelece o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. E, nos termos do artigo 2º da Lei nº 1.060/50, o benefício da Assistência Judiciária gratuita será gozado por nacionais ou estrangeiros residentes no país, considerando-se necessitado aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo ou dos honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

2. Das próprias condições enunciadas no texto legal, vê-se que o benefício é próprio de pessoas naturais, sendo incompatível o seu requerimento por pessoas jurídicas. Nesse sentido: REsp 111.423/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 26.4.1999.

3. Ainda que assim não se entenda, observo que mesmo a corrente jurisprudencial que admite, em tese, a possibilidade de concessão de assistência judiciária às pessoas jurídicas, exige que estas comprovem cabalmente a insuficiência de recursos. Nesse sentido: STF, Rcl 1905 ED-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 20-09-2002 PP-00088 EMENT VOL-02083-02 PP-00274 e STJ, EREsp 388.155/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 199.

4. Corroborando esse entendimento, o Superior Tribunal de justiça editou a Súmula 481: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

5. No caso dos autos, ainda que superada a questão da possibilidade de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica sem fins lucrativos, não há como dar guarida à pretensão, uma vez que não logrou o agravante comprovar a insuficiência de recursos pelo substituídos.

6. Ao contrário, ao que consta dos autos, o agravante limita-se a afirmar a desnecessidade de apresentação de “listagem de substituídos que serão beneficiados com o resultado da ação”, sem apresentar nenhuma prova da situação econômica dos representados. Nesse sentido: STJ, AGA nº 2010.00685305, Relator: Ministro Luiz

Fux, 1ª Turma, Fonte: DJE: 18/06/2010, DTPB.

7. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de junho de 2015.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Agravo Legal interposto por Sindicato dos Trabalhadores Públicos Federais no Estado do Mato Grosso do Sul - SINDSEP-MS, contra decisão monocrática (fls. 77/79-verso) que, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso.

Insurge-se a agravante contra a decisão monocrática, ao argumento de que não se encontram presentes os pressupostos legais que autorizam a negativa de seguimento, com fundamento no artigo 557, “*caput*”, do Código de Processo Civil.

Por fim, reitera as mesmas alegações do agravo.

O recurso é tempestivo.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa na forma regimental.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Inicialmente, quanto à alegação de que o recurso não comportaria o julgamento monocrático, anoto que a negativa de seguimento ao recurso encontra-se autorizada pelo artigo 557 do Código de Processo Civil.

Ainda que assim não se entenda, a apresentação do recurso em mesa, submetendo-se a decisão monocrática ao crivo do órgão colegiado supre eventual desconformidade do julgamento singular com o art. 557, do Código de Processo Civil, restando, portanto, superada esta questão. Nesse sentido: (STJ, AgRg no REsp 1222313/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 21/05/2013); (STJ, AgRg no AREsp 276.388/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 17/06/2013); (STJ, AgRg no REsp 1359965/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 31/05/2013); (STJ, AgRg no REsp 1317368/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em

18/06/2013, DJe 26/06/2013).

No mais, não vislumbro, nos argumentos trazidos pela agravante, motivos que infirmem a decisão monocrática ora atacada, razão pela qual retomo seus fundamentos:

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de tutela antecipada, interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores Públicos Federais no Estado do Mato Grosso do Sul - SINDSEP-MS, por meio da qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos da Ação Ordinária nº 0013192.03.2012.403.6000, em trâmite perante o MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que indeferiu o pedido de justiça gratuita formulado pelo Sindicato, ora agravante, determinando a apresentação da relação dos substituídos que são beneficiados, sob pena de cancelamento na distribuição.

Alega o agravante, em síntese, a reforma da decisão agravada.

Sustenta que “... verifica-se que, no presente caso, estão satisfeitos os requisitos constantes do art. 267, inciso VI, especialmente a legitimidade da parte Agravante, razão pela qual se mostra desnecessária a apresentação de listagem de substituídos que serão beneficiados com o resultado da ação”, fl. 08 deste instrumento.

Recurso desprovido de preparo.

Requer a concessão do efeito suspensivo para desobrigar o agravante da apresentação de listagem de substituídos.

Relatei.

Decido.

Nos termos do *caput* e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil e do enunciado da Súmula nº 253 do Superior Tribunal de Justiça, o relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte Regional ou de Tribunal Superior.

O caso comporta decisão na forma do artigo 557 do CPC.

Estabelece o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

E, nos termos do artigo 2º da Lei nº 1.060/50, o benefício da Assistência Judiciária gratuita será gozado por nacionais ou estrangeiros residentes no país, considerando-se necessitado aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo ou dos honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Das próprias condições enunciadas no texto legal, vê-se que o benefício é próprio de pessoas naturais, sendo incompatível o seu requerimento por pessoas jurídicas. Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA JURÍDICA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTES.

Da leitura do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50, verifica-se que a lei volta precipuamente seus olhos para as pessoas físicas, pois dispõe que se considera necessitado ‘todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família’. Dessa forma, em regra o benefício da assistência judiciária gratuita não abrange as pessoas jurídicas, exceto entidades pias e beneficentes sem fins lucrativos, microempresas ou minúsculas empresas familiares. Precedentes”.

Com efeito, “o pressuposto da pobreza jurídica, definido na Lei nº 1.060/50, não se coaduna com a atividade lucrativa perseguida pelas sociedades comerciais limitadas; e também por outras espécies de pessoas jurídicas voltadas para o auferimento de lucro” (*REsp 111.423/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 26.4.1999*).

Ainda que assim não se entenda, observo que mesmo a corrente jurisprudencial que admite, em tese, a possibilidade de concessão de assistência judiciária às pessoas jurídicas, exige que estas comprovem cabalmente a insuficiência de recursos.

Nesse sentido:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA. Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.”

(STF, *Rel 1905 ED-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 20-09-2002 PP-00088 EMENT VOL-02083-02 PP-00274*)

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA À PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO FINANCEIRA PRECÁRIA INDEMONSTRADA. EXAME PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SUMULA Nº 07 DO STJ.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser estendido à pessoa jurídica, desde que comprovada sua impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção. Precedentes da Corte Especial do STJ.

2. Conquanto o acórdão embargado tenha-se utilizado de entendimento já superado nesta Corte para negar o benefício, de qualquer sorte, não há como rever a decisão das instâncias ordinárias no que diz respeito à falta de provas da condição financeira insuficiente para arcar com as despesas do processo, uma vez que a questão demanda reexame de matéria fática, sabidamente descabido em sede de recurso especial, consoante dispõe a Súmula nº 07 do STJ.

3. Embargos não conhecidos.”

(STJ, *EResp 388.155/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 199*)

Corroborando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 481:

“Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

No caso dos autos, ainda que superada a questão da possibilidade de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica *sem fins lucrativos*, não há como dar guarida à pretensão, uma vez que não logrou o agravante comprovar a insuficiência de recursos pelo substituídos.

Ao contrário, ao que consta dos autos, o agravante limita-se a afirmar a desnecessidade de apresentação de “listagem de substituídos que serão beneficiados com o resultado da ação” (fl. 08 deste instrumento), sem apresentar nenhuma prova da situação econômica dos representados.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO BENEFÍCIOS. SINDICATO. RECEBIMENTO DE RECURSOS DOS ASSOCIADOS. FUNÇÃO DE PRESTAR ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS SEUS SINDICALIZADOS. DEVER DE DEMONSTRAR A NECESSIDADE DA AJG. NÃO COMPROVADA PERANTE O TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL (SÚMULA 07 DO STJ). ISENÇÃO DE CUSTAS DO SINDICATO. INCIDÊNCIA DAS LEIS NºS. 8.078/90 E 7.347/85. INAPLICÁVEIS AO CASO. DIRECIONADAS ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os sindicatos ostentam *legitimatío ad causam* extraordinária, na qualidade de substitutos processuais (art. 6º, do CPC) para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, como dispõe o art. 8º, III, da CF.

2. A Lei nº 7.788/89 estabelece em seu art. 8º que as entidades sindicais poderão atuar como substitutas processuais da categoria que representam por isso que, assente a autorização legal, revela-se desnecessária a autorização expressa do titular do direito subjetivo.

3. Os sindicatos têm legitimidade para propor a liquidação e a execução de sentença proferida em ação condenatória na qual atuaram como substitutos processuais, caso não promovidas

pelos interessados, hipótese em que as referidas entidades atuam em regime de representação processual. Precedentes: AgRg no REsp 763.889/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.10.2007, DJ 26.10.2007 p. 346; REsp 701.588/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 475, REPDJ 27.11.2007 p. 291; REsp 478.990/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.06.2006, DJ 04.08.2006 p. 297; REsp 710.388/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 20.02.2006 p. 222; AgRg nos EREsp 497.600/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 01.02.2007, DJ 16.04.2007 p. 151; REsp nº 253.607/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha ao Martins, DJ de 09/09/2002; MS nº 4.256/DF, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 01/12/1997).

4. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo *ex adverso*; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o *onus probandi* da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (EResp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01.08.2003, DJ 22.09.2003)

5. Assim, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tais como as entidades filantrópicas, fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, independente de comprovação da necessidade do benefício.

6. *Entretanto, 'as entidades sindicais possuem, entre outras, a função de representar os interesses coletivos da categoria ou individuais dos seus integrantes, perante as autoridades administrativas e judiciais, o que leva à atuação do sindicato como parte nos processos judiciais em dissídios coletivos e individuais, nos termos dos arts. 513, a, e 514, a, da CLT, e 18 da Lei nº 5.584/70. Nesse contexto, verifica-se que os sindicatos têm revertidas a seus cofres as mensalidades arrecadadas, periodicamente, de seus associados, formando fundos para o custeio de suas funções, entre as quais função de assistência judiciária. Agravo regimental improvido.'* (AgRg no REsp. 963.553/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 07.03.2008).

7. *Considerando que as receitas do sindicato decorrem das contribuições dos associados e que, dentre seus escopos precípuos, que motiva sua arrecadação, consta a defesa dos interesses de seus associados, descabe a concessão da assistência judiciária gratuita, salvo se comprovada a necessidade do benefício.*

8. *In casu*, o Sindicato recorrente deixou de comprovar perante o Tribunal *a quo*, de maneira cabal, a ausência de condições para arcar com as custas processuais. Diante disso, a comprovação de insuficiência de recursos por parte da pessoa jurídica, revela-se inviável em sede de revisão do julgado, ante o óbice da Súmula 07 do STJ, maxime quando as instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do conjunto fático-probatório concluíram em sentido contrário.

9. A isenção de custas e emolumentos judiciais, disposta no art. 87 da Lei 8.078/90 destina-se facilitar a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, inaplicável, portanto, nas ações em que sindicato busca tutelar o direito de seus sindicalizados, ainda que de forma coletiva. Daí, inaplicáveis o CDC e a Lei 7.437/85 ao caso.

10. A ofensa ao art. 535 do CPC não resta configurada 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.

11. *Agravo regimental desprovido.* (STJ, AGA nº 2010.00685305, Relator: Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, Fonte: DJE: 18/06/2010, DTPB)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Intimem-se.

Comunique-se.

Decorrido o prazo recursal, baixem os autos ao Juízo de origem, observadas as formalidades legais.

Como se observa, a decisão agravada foi fartamente motivada, com exame de aspectos fáticos do caso concreto e aplicação da legislação específica e jurisprudência consolidada, sendo que o agravo apenas reiterou o que já havia sido antes deduzido e já enfrentado e vencido no julgamento monocrático, não restando, portanto, espaço para a reforma postulada.

Nesse sentido já se pronunciou a jurisprudência: TRF3, 3ª Turma, Agravo no AI nº 201003000374845/SP, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, j. 14/06/2012, D.E 25/06/2012; TRF3, 5ª Turma, AC nº 200861140032915, Relatora Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE, j. 04/08/2009; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1109792/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 18/06/2009; STF, 2ª Turma, AgRg no AI nº 754086, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 25/08/2009.

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo legal*.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0011183-55.2014.4.03.0000

(2014.03.00.011183-9)

Agravante: AMERITRON DISTRIBUIÇÃO E COM. DE PRODUTOS ELETROELETRÔNICOS LTDA. - EPP

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AI 531156

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2015

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - SUSTAÇÃO DE PROTESTO - AUTO DE INFRAÇÃO NÃO COLACIONADO - PROTESTO POSSIBILIDADE - ART. 1º, LEI 9.492/97 - RECURSO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada faz menção à fundamentação do auto de infração, o qual, embora alegue a agravante que o tenha colacionado, não consta dos autos, impossibilitando, nesta sede de cognição, a apreciação das alegações ventiladas.

2. Nos precedentes do STJ, entendia-se que faltava interesse ao ente público em levar a Certidão de Dívida Ativa a protesto, visto que a CDA é título que goza de certeza e liquidez, servindo de prova pré-constituída dispensando outros meios de prova que demonstrassem a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte. Ocorre que o parágrafo único, do art. 1º, da Lei 9.492/1997, introduzido pela Lei 12.767/2012, expressamente, incluiu as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas, entre os títulos sujeitos à protesto.

3. Houve a reforma do entendimento anterior pela Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.126.515/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJE 16/12/2013, admitindo a possibilidade do protesto da CDA.

4. O protesto não constitui meio de coação indireta para a cobrança de tributo, pois o legislador, ao incluir entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa (CDA), trouxe uma alternativa para o cumprimento da obrigação designada no título, sem a intervenção do Poder Judiciário, ou seja, pela via extrajudicial.

5. A parte interessada ainda pode recorrer ao controle jurisdicional para discutir a legitimidade do título levado a protesto, logo não há ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, sendo certo que, nesta sede de cognição, não restou demonstrada a ilegitimidade do título.

6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

ao agravo de instrumento , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2015.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão (fl. 32) que indeferiu pedido de concessão de medida liminar, em sede de ação cautelar de sustação de protesto.

Nas razões recursais, alegou a agravante que a mencionada cautelar foi distribuída por prevenção à principal (ação anulatória de auto de infração nº 0014992.18.2013.403.6134).

Sustentou a inobservância do prazo de adaptação às novas regras estabelecidas pela Portaria INMETRO 271/2011, instituída pela autarquia, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pela Lei nº 9.933/99.

Salientou que a indigitada portaria foi publicada no Diário Oficial da União em 28/6/2011, o que permite concluir que até 28/6/2012, os fabricantes poderiam produzir os itens mencionados pelo regularmente pela norma anterior.

Afirmou que a autarquia não teria observado os prazo estabelecidos nos artigos 5º e 6º da referida portaria.

Ressaltou que, depois de proposta a ação anulatória, recebeu intimação, do Tabelião de Notas e de Protesto, comunicando o protesto da CDA.

Argumentou que a norma administrativa impugnada, de eficácia imediata por força do art. 8º, dirige-se apenas a fabricantes, determinando que os adaptadores e tomadas “deverão ser construídos” de forma a não permitir a descaracterização do padrão da ABNT.

Aduziu que os autos de infração, que “aqui se encontram xerocopiados”, foram lavrados em estabelecimentos comerciais.

Aduziu que não há, nas normas de regência, dispositivo específico dirigido aos comerciantes de tomadas e pluges, fixando-lhes prazo para encerrar a oferta definitiva desses artigos de consumo.

Alegou que o protesto utilizado é meio coercitivo de cobrança, sem lhe conferir meio de defesa.

Afirmou que a Lei nº 12.767/12 que, entre outras providências, alterou a Lei nº 9.492/97, para aduzir no elenco de títulos sujeitos a protesto em Cartório, as certidões de dívida ativa dos entes federativos, é contestada, pois a Fazenda Pública dispõe de prerrogativas para a cobrança de seus créditos.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo ativo e, ao final, o provimento do recurso.

Indeferiu-se a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O agravado apresentou contraminuta, alegando que, no caso, não há que se falar em *fumus boni iuris* e que ausente também o perigo na demora.

Sustentou a legalidade do título protestado, afastando a alegação de cerceamento de defesa.

Discorreu sobre o mérito da multa aplicada administrativamente.

Defendeu a legalidade do protesto da CDA, nos termos do art. 1º, Lei nº 9.492/97, alterada pela Lei nº 12.767/12.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

A decisão agravada faz menção à fundamentação do auto de infração, o qual, embora alegue a agravante que o tenha colacionado, não consta dos autos, impossibilitando, nesta sede de cognição, a apreciação das alegações ventiladas.

Outrossim, nos precedentes do STJ, entendia-se que faltava interesse ao ente público em levar a Certidão de Dívida Ativa a protesto, visto que a CDA é título que goza de certeza e liquidez, servindo de prova pré-constituída dispensando outros meios de prova que demonstrassem a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte.

Ocorre que o parágrafo único, do art. 1º, da Lei 9.492/1997, introduzido pela Lei 12.767/2012, expressamente, incluiu as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas, entre os títulos sujeitos à protesto. Vejamos:

Art. 1º. Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

Dessa forma, houve a reforma desse entendimento pela Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.126.515/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJE 16/12/2013, admitindo a possibilidade do protesto da CDA, ementa que trago a colação:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O “II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO”. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.

2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas “entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”.

3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.

4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer “títulos ou documentos de dívida”. Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime

jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais.

5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado.

6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.

7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade.

8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito.

9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.

10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o “Auto de Lançamento”, esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo.

11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).

12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve “surpresa” ou “abuso de poder” na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio.

13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto.

14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a “revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo”.

15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.

16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).

17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ.

(REsp 1126515/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/12/2013)

Entendimento também consolidado nesta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. LEI 12.727/12. ALTERAÇÃO DA LEI 9.492/97. PROTESTO. DÍVIDA OBJETO DE CDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça à luz do *caput* do artigo 1º da Lei 9.492/97 (“Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”), não admitia protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa, seja por desnecessidade, diante da presunção de certeza e liquidez, ou por ausência de previsão legal.

2. Com o advento da Lei 12.767/2012, incluindo o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 9.492/1997 (“Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.”), o Superior Tribunal de Justiça firmou nova orientação no sentido da validade do protesto de dívidas retratadas em certidões de dívida ativa.

3. No juízo cognitivo próprio de liminar e agravo de instrumento, não é dado declarar a inconstitucionalidade de norma legal, mesmo porque a presunção é de constitucionalidade, não constando que, a despeito do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, tenha sido proferida decisão liminar para afastar a eficácia da norma.

4. Agravo inominado desprovido.

(TRF3, AI 00194874320144030000, Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014)

O protesto não constitui meio de coação indireta para a cobrança de tributo, pois o legislador, ao incluir entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa (CDA), trouxe uma alternativa para o cumprimento da obrigação designada no título, sem a intervenção do Poder Judiciário, ou seja, pela via extrajudicial.

Todavia, a parte interessada ainda pode recorrer ao controle jurisdicional para discutir a legitimidade do título levado a protesto, logo não há ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, sendo certo que, nesta sede de cognição, não restou demonstrada a ilegitimidade do título.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0019190-36.2014.4.03.0000

(2014.03.00.019190-2)

Suscitante: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Parte Autora: ADVOCACIA PIRES DA SILVA - ME

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe de Processo: CC 18480

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/07/2015

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE DE LITIGAR NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL, ANTES DAS ALTERAÇÕES QUE A LEI COMPLEMENTAR 147/2014 FEZ NA LEI COMPLEMENTAR nº 123/06. ARTIGO 15 DO ESTATUTO DOS ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONSIDERADA MICROEMPRESA E ADESÃO AO SIMPLES.

- A Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, não apenas prevê que a personalidade jurídica da sociedade civil de advogados é obtida por meio de registro perante o Conselho da OAB, mas expressamente veda que seja realizada nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais.

- A Lei Complementar nº 123/06 estabelece no seu artigo 3º a definição de microempresa e as situações incompatíveis com o regime.

- Dada a impossibilidade de constituição das sociedades civis de advogados perante os órgãos de registro de empresas mercantis ou de pessoas jurídicas civis, bem como à vista da regra expressa que os excluía do SIMPLES, somente modificada recentemente pela LC 147/14, resta inequívoco que havia clara incompatibilidade entre o regime das microempresas e da referidas sociedades, tal como apontou o suscitante, à época do ajuizamento.

- O exame da questão está adstrito ao cabimento da utilização da via estreita da competência dos juizados especiais por uma sociedade de advogados. Nesse sentido, não se está aqui a fazer o exame do mérito da adequação do enquadramento empresarial da parte, mas somente o pertinente e indispensável questionamento acerca da possibilidade, em tese, de que pessoa jurídica com essas particulares características esteja legitimada a litigar no JEF na condição de microempresa, nos moldes do art. 6º, inciso I, da Lei 10.259/01, o que se demonstrou legalmente incompatível, ao menos até 08/08/2014, como é o caso dos autos.

- Conflito julgado procedente, para declarar a competência do Juízo Federal da 15ª Vara Cível nesta Capital.

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 unanimidade, julgar procedente

o conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 15ª Vara Cível nesta Capital, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

São Paulo, 07 de julho de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Conflito de competência entre o Juizado Especial Federal Cível em São Paulo, suscitante, e o Juízo Federal da 15ª Vara Cível nesta Capital, suscitado, em ação de repetição de indébito proposta por Advocacia Pires da Silva - ME contra a União Federal.

O feito foi distribuído ao suscitado em 30/04/13, entretanto, em seguida, à vista do valor da causa (R\$ 5.449,01), o magistrado declarou sua incompetência absoluta (artigo 3º, § 3º, da Lei nº 10.259/01) e remeteu o processo ao suscitante. Este, por sua vez (fl. 133/135), após a contestação (fls. 47/123) e a réplica (fls. 127/132), sob fundamento de que, a teor do art. 6º, inciso I, da Lei 10.259/01, somente micro e pequenas empresas podem figurar como autores no Juizado Especial Federal, entendeu que, não obstante a situação cadastral da parte ativa constar como microempresa, nos termos do artigo 3ª da LC 123/06, precisa estar registrada no Registro Civil de Empresas Mercantis no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (artigo 3º), de forma que a sociedade de advogados é incompatível com esse regime, consoante os artigos 15 e 16 EA/OAB.

Designei o suscitante para resolver as questões urgentes (fl. 141).

Nas informações de fl. 148, o suscitado defende que não há dúvida a respeito da natureza da autora - Advocacia Pires da Silva - ME - sociedade simples que presta serviços advocatícios, consoante o comprovante de inscrição e situação cadastral emitido pela própria Receita Federal (fl. 24). Assim, não é atribuição do Juízo verificar a adequação desse enquadramento empresarial e, menos ainda, confrontá-lo com as normas da LC 123/06 e o EA/OAB.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 145/146, opinou fosse provido o conflito, ao argumento de que somente pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte podem figurar no polo ativo das ações que tramitam pelos JEF, o que não é o caso dos autos, pois a autora tem personalidade jurídica própria prevista no Estatuto da OAB.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Conflito de competência entre o Juizado Especial Federal Cível em São Paulo, suscitante, e o Juízo Federal da 15ª Vara Cível nesta Capital, suscitado, em ação de repetição de indébito proposta por Advocacia Pires da Silva - ME contra a União Federal.

Conflitam os juízos acerca do enquadramento empresarial da autora, se é microempresa ou não, condição que define a possibilidade de o feito tramitar no Juizado Especial Federal, *ex vi* do art. 6º, inciso I, da Lei 10.259/01. Sobre esse aspecto, a própria pessoa jurídica acostou à inicial o comprovante de sua inscrição e situação cadastral, emitido pela Receita Federal

em 19/03/13, época do ajuizamento, no qual consta que está ativa, que o nome empresarial é ADVOCACIA PIRES DA SILVA - ME, atividade principal como serviços advocatícios e natureza jurídica “sociedade simples pura”. Não obstante, o suscitante argumenta que o regime de microempresa é incompatível com a sociedade de advogados, em virtude de a LC 123/06 se contrapor ao Estatuto dos Advogados.

A Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, efetivamente, não apenas prevê que a personalidade jurídica da sociedade civil de advogados é obtida por meio de registro perante o Conselho da OAB, mas expressamente veda que seja realizada nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais:

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.

§ 1º *A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.*

§ 2º Aplica-se à sociedade de advogados o Código de Ética e Disciplina, no que couber.

§ 3º As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

§ 4º Nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.

§ 5º O ato de constituição de filial deve ser averbado no registro da sociedade e arquivado junto ao Conselho Seccional onde se instalar, ficando os sócios obrigados à inscrição suplementar.

§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.

Art. 16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.

§ 1º A razão social deve ter, obrigatoriamente, o nome de, pelo menos, um advogado responsável pela sociedade, podendo permanecer o de sócio falecido, desde que prevista tal possibilidade no ato constitutivo.

§ 2º O licenciamento do sócio para exercer atividade incompatível com a advocacia em caráter temporário deve ser averbado no registro da sociedade, não alterando sua constituição.

§ 3º *É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.*

Por sua vez, a Lei Complementar nº 123/06 estabelece no seu artigo 3º a definição de microempresa e as situações incompatíveis com o regime:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, *consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: omissis*

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

I a X - *omissis*

XI - que tenha por finalidade a *prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;*

XII - *omissis*;

XIII - *que realize atividade de consultoria*;

Somente no ano passado, a Lei Complementar 147/2014, nova lei do Simples Nacional, publicada em 08/08/2014, modificou a LC 123/2006 e possibilitou que algumas atividades de prestação de serviços nele fossem incluídas, entre elas as de serviços advocatícios (foram revogados os dois incisos mencionados do artigo 17 e inserido o inciso VII do § 5º - C do artigo 18 na LC 123/2006: *Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis: ... VII - serviços advocatícios.*). A alteração, não obstante, não influi na solução do caso, porque foi posterior ao ajuizamento e, a teor do artigo 263 do CPC, a ação se considera proposta no momento em que despachada ou distribuída ou despachada, momento em que é aferível a legitimidade para litigar no Juizado Especial Federal.

Evidencia-se, em conclusão, que, dada a impossibilidade de constituição das sociedades civis de advogados perante os órgãos de registro de empresas mercantis ou de pessoas jurídicas civis, bem como à vista da regra expressa que os excluía da benesse do SIMPLES, só posteriormente modificada, resta inequívoco que havia clara incompatibilidade entre o regime das microempresas e o das referidas sociedades, tal como apontou o suscitante, à época do ajuizamento. A jurisprudência, aliás, é nesse sentido:

Tributário. Escritório de advocacia. Prestação de serviços técnicos e de consultoria que implica na exclusão do Simples-Nacional. Aplicação da regra do art.17, XI e XIII, da Lei Complementar 123/06. Apelação improvida
(TRF 5ª R. AMS 200783000008765; Desembargador Federal Lazaro Guimarães; 4ª Turma; DJ - Data::27/05/2008)

Ressalte-se, por fim, que é certo que o objeto da demanda originária não tem qualquer relação com a situação da sociedade de advogados perante o fisco, mas se restringe à devolução do valor que teria sido supostamente pago indevidamente a título de multa fiscal. Em decorrência, não há elementos nos autos que expliquem em que termos e por que razão está inscrita como microempresa (fl. 24). Não obstante, é preciso que fique claro que o objetivo do presente exame da questão não tem o escopo de infirmar esse cadastro, mas está adstrito ao cabimento da utilização da via estreita da competência dos juizados especiais por uma sociedade de advogados. Nesse sentido, diferentemente do que afirmou o suscitado, não se está aqui a fazer o exame do mérito da adequação do enquadramento empresarial da parte, mas somente o pertinente e indispensável questionamento acerca da possibilidade, em tese, de que pessoa jurídica com essas particulares características esteja legitimada a litigar no JEF na condição de microempresa, nos moldes do art. 6º, inciso I, da Lei 10.259/01, o que se demonstrou legalmente incompatível, ao menos até 08/08/2014, como é o caso dos autos.

Destaque-se, a propósito, precedente em situação análoga:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - COFINS SOCIEDADE CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS - ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA - VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS - COMPETÊNCIA DA VARA FEDERAL COMUM - EXCEPCIONALIDADE: NATUREZA JURÍDICA DO AUTOR (ART. 6º, I, DA LEI Nº 10.259/2001).

1. *A competência dos Juizados Especiais Federais se impõe somente quando examinados os seguintes requisitos: a) o valor da causa; b) a matéria sobre que versa a ação; c) a via processual adotada; e d) a natureza jurídica das partes (art. 3º e 6º da Lei nº 10.259/01).*
2. *Escritório de advocacia que não tenha optado por ser micro ou pequena empresa, pois lhe carece interesse em razão da sua impossibilidade de optar pelo SIMPLES (art. 9º da Lei nº 9.317/96), afasta a competência dos JEF's (art. 6º, I, da Lei nº 10.259/01) para julgar ações em que figura no pólo ativo, mesmo se o conteúdo econômico buscado for inferior a sessenta salários mínimos, porque não preenchido os requisitos do art. 6º, I, da lei nº 10.259/2001.*
3. *Apelação provida: sentença cassada. Autos à origem.*
4. *Peças liberadas pelo Relator em 04/11/2008 para publicação do acórdão.*
(TRF 1ª R; AC 00589447120034013800; REL. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL; 7ª Turma; e-DJF1 DATA:14/11/2008)

Ante o exposto, voto seja julgado procedente o conflito e declarada a competência do Juízo Federal da 15ª Vara Cível nesta Capital.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

Direito Processual Penal



MANDADO DE SEGURANÇA

0005746-96.2015.4.03.0000

(2015.03.00.005746-1)

Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Interessado: MANOEL ALVES CARDOSO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: MS 355978
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2015

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO PENAL. REQUISIÇÃO DE CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DO ACUSADO E DE NOTIFICAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À CORRETA APLICAÇÃO DA PENA. O SIGILO DAS INFORMAÇÕES REVELA A IMPRESCINDIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA SUA OBTENÇÃO. LIMINAR CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O mandado de segurança é a medida adequada em situações como a presente, à míngua de recurso específico e dotado de efeito suspensivo para atacar a decisão proferida pelo juízo impetrado (Lei nº 12.016/09, art. 5º, II).
2. A despeito da orientação constante na Súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal, é desnecessária a citação do acusado para integrar a lide deste *mandamus*, visto que o pedido formulado pelo impetrante -*requisição de certidões criminais por parte do juízo impetrado*- não interfere na esfera de direitos daquele. Desnecessária, ainda, a notificação da União Federal, a teor do disposto no art. 7º, II, da Lei nº 12.016/09, haja vista não possuir interesse na atuação de feitos desta espécie.
3. As informações trazidas nas certidões de antecedentes criminais servem ao julgador na materialização do princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) e também se prestam a garantir a concessão de benefícios aos acusados, de sorte que interessam a todos os sujeitos do processo penal: acusação, defesa e julgador.
4. Essas informações são sigilosas, incumbindo apenas e tão somente a juiz criminal proceder à requisição das certidões que as veiculam, nos termos dos arts. 709, § 2º, e 748 do Código de Processo Penal. Destarte, as certidões eventualmente requisitadas pelo Ministério Público ou por qualquer outro órgão trarão informações incompletas, motivo pelo qual não há dúvidas acerca da necessidade de sua requisição judicial.
5. Liminar confirmada. Segurança concedida.

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 maioria, confirmar a liminar e CONCEDER A SEGURANÇA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de julho de 2015.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal em face de decisão da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, proferida nos autos da ação penal nº 0013459-04.2014.403.6000 (inquérito policial nº 0152/2014), que indeferiu o pedido ministerial de requisição de certidões criminais, ao fundamento de que incumbiria ao *Parquet* fazê-lo diretamente.

O MPF requer o deferimento da liminar para que a autoridade impetrada requisiute as certidões de antecedentes criminais de *Manoel Alves Cardoso*, acusado nessa ação penal. Para tanto, alega, em síntese: (i) o cabimento do mandado de segurança; (ii) a competência deste Tribunal Regional Federal para seu processamento e julgamento; e (iii) que o ato judicial atacado impõe ao *Parquet* indevido ônus probatório. Alega ser necessária a instrução dos autos da ação penal com as certidões de antecedentes criminais, pois “[a] vida pregressa dos denunciados interessa tanto à acusação, que tem a *opinio delicti*, quanto ao julgador, a quem cabe proceder à dosimetria da pena, independentemente de requerimento da Acusação, no caso de eventual condenação, bem assim à Defesa, diante da possibilidade de concessão de benesses processuais, como a suspensão condicional do processo e da pena e, ainda, para a análise de eventual pedido de liberdade provisória” (fls. 40v).

Afirma o impetrante, ainda, incumbir ao Poder Judiciário o encargo de obtenção dessas certidões e que “exigir do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL que, dentro do processo criminal, requisiute documentos e informações indispensáveis para a atuação judicial fere todos os princípios supra-expendidos, contrariando expressamente a Constituição Federal e o Código de Processo Penal Brasileiro” (fls. 39v).

A inicial (fls. 02/22) foi apresentada por fax, instruída com documentos e, posteriormente, foram protocolados os originais (fls. 38/56).

O pedido de liminar foi deferido (fls. 59/61v).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 65/67).

A Procuradoria Regional da República opina pela concessão da ordem (fls. 69/72).

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

A questão ora em exame limita-se a saber se é ônus do Ministério Público a instrução da ação penal com as certidões criminais do acusado ou se cabe ao Juízo requisitá-las, mediante requerimento ou mesmo de ofício.

O pedido de liminar foi deferido, nos seguintes termos (fls. 59/61v):

Vistos em decisão liminar.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal em face de decisão da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, proferida nos autos da ação penal nº 0013459-04.2014.403.6000 (inquérito policial nº 0152/2014), que indeferiu o pedido ministerial de requisição de certidões criminais, por entender incumbir ao *Parquet*

fazê-lo.

O MPF requer o deferimento da liminar para que a autoridade impetrada requisi-te as certidões de antecedentes criminais de Manoel Alves Cardoso, acusado nessa ação penal.

Enumera, em síntese: (i) o cabimento do mandado de segurança; (ii) a competência deste Tribunal Regional Federal para seu processamento e julgamento; e (iii) que o ato judicial atacado impõe ao *Parquet* indevido ônus probatório. Alega ser necessária a instrução dos autos da ação penal com as certidões de antecedentes criminais, pois “[a] vida pregressa dos denunciados interessa tanto à acusação, que tem a *opinio delicti*, quanto ao julgador, a quem cabe proceder à dosimetria da pena, independentemente de requerimento da Acusação, no caso de eventual condenação, bem assim à Defesa, diante da possibilidade de concessão de benesses processuais, como a suspensão condicional do processo e da pena e, ainda, para a análise de eventual pedido de liberdade provisória”. (fls. 40v).

Afirma, ainda, incumbir ao Poder Judiciário o encargo de obtenção dessas certidões e que “exigir do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL que, dentro do processo criminal, requisi-te documentos e informações indispensáveis para a atuação judicial fere todos os princípios supra-expendidos, contrariando expressamente a Constituição Federal e o Código de Processo Penal Brasileiro”. (fls. 39v).

A inicial (fls. 02/22) foi apresentada por fax, instruída com documentos e, posteriormente, foram protocolados os originais (fls. 38/56).

É o relato do essencial. Decido.

Inicialmente, registro que o mandado de segurança é a medida adequada em situações como a presente, à míngua de recurso específico e dotado de efeito suspensivo para atacar a decisão proferida pelo juízo impetrado (Lei nº 12.016/09, art. 5º, II).

Outrossim, a despeito da orientação constante da Súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal, é desnecessária a citação do acusado para integrar a lide deste mandamus, visto que o pedido formulado pelo impetrante - requisição de certidões criminais por parte do juízo impetrado - não interfere na esfera de direitos daquele.

Desnecessária, ainda, a notificação da União Federal, a teor do disposto no art. 7º, II, da Lei nº 12.016/09, haja vista não possuir interesse na atuação de feitos desta espécie, como aliás já decidiu a Primeira Seção desta Corte (ED no MS 342.085/SP, Proc. nº 0034130-74.2012.4.03.0000, maioria, Rel. Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, Rel. para acórdão Des. Federal Nelson dos Santos, j. 04.07.2013, DJe 05.11.2013).

A concessão de liminar em mandado de segurança depende do preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que se observa *in casu*.

É inegável que as informações trazidas nas certidões de antecedentes criminais servem ao julgador na materialização do princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), especialmente quanto à circunstância judicial dos antecedentes (CP, art. 59, *caput*) e à agravante da reincidência (CP, art. 61, I), assim como no exame acerca da incidência ou não de diversos benefícios, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o sursis, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o livramento condicional, dentre vários outros.

Nem se diga que, pelo fato de tais informações influírem na correta fixação da pena, possuíam caráter unicamente acusatório, pois, repito, também se prestam a garantir a concessão de benefícios aos acusados, de sorte que interessam a todos os sujeitos do processo penal: acusação, defesa e julgador.

Por outro lado, essas informações são sigilosas, incumbindo apenas e tão somente a juiz criminal proceder à requisição das certidões que as veiculam, nos termos dos arts. 709, § 2º, e 748 do Código de Processo Penal. Destarte, as certidões eventualmente requisitadas pelo Ministério Público ou por qualquer outro órgão trarão informações incompletas.

Portanto, não há dúvidas acerca da necessidade de requisição judicial das certidões de antecedentes criminais, o que demonstra a existência do *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora*, a seu turno, decorre da real possibilidade de instrução deficitária da ação penal subjacente, caso as informações criminais do acusado não sejam prontamente trazidas aos autos.

Ademais, a questão já foi enfrentada mais de uma vez por este Tribunal, que se pronunciou pela concessão de ordem. A título exemplificativo, menciono as seguintes ementas:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISICÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DO RÉU DA AÇÃO PENAL E DA NOTIFICAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À CORRETA APLICAÇÃO DA PENA. O SIGILO DAS INFORMAÇÕES REVELA A IMPRESCINDIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA SUA OBTENÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O mandado de segurança é a medida adequada em situações como a presente, à míngua de recurso específico e dotado de efeito suspensivo para atacar a decisão proferida pelo juízo impetrado (Lei nº 12.016/09, art. 5º, II). 2. A despeito da orientação constante na Súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal, é desnecessária a citação do réu da ação penal subjacente para integrar a lide deste *mandamus*, visto que o pedido formulado pelo impetrante não interfere na esfera de direitos daquele. Desnecessária, outrossim, a notificação da União Federal, a teor do disposto no art. 7º, II, da Lei nº 12.016/09, haja vista não possuir interesse na atuação de feitos desta espécie. 3. As informações trazidas nas certidões de antecedentes criminais servem ao julgador na materialização do princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) e também se prestam a garantir a concessão de benefícios aos acusados, de sorte que, em síntese, interessam a todos os sujeitos do processo penal: acusação, defesa e julgador. 4. Essas informações são sigilosas, incumbindo apenas e tão somente a juiz criminal proceder à requisição das certidões que as veiculam, nos termos dos arts. 709, § 2º, e 748 do Código de Processo Penal. Destarte, as certidões eventualmente requisitadas pelo Ministério Público ou por qualquer outro órgão trarão informações incompletas, prejudiciais à correta aplicação da pena, motivo pelo qual não há dúvidas acerca da necessidade de requisição judicial dessas certidões. 5. Segurança concedida.”

(MS 0012669-75.2014.4.03.0000, Quarta Seção, maioria, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 21.08.2014, e-DJF3 Judicial 1 26.08.2014)

“MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL. DECISÃO JUDICIAL. PEDIDO DE JUNTADA DE CERTIDÕES DE ANTECEDENTES FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INDEFERIMENTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Consoante o disposto no artigo 748 do Código de Processo Penal condenação ou as condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal. 2. O caráter sigiloso de informações constantes nas certidões de antecedentes criminais, somente será afastado por determinação judicial, não se afigurando ônus do órgão ministerial providenciar as certidões de antecedentes criminais dos acusados, uma vez que não constituem elemento tipicamente acusatório, tampouco se inserem nas atribuições do ‘Parquet’ na qualidade de custos legis. 3. Os informes acerca da vida pregressa dos denunciados interessa tanto à acusação, que tem a *opinio delicti*, quanto ao julgador, por ocasião da dosimetria da pena, no caso de eventual condenação, bem assim diante da possibilidade de concessão de benesses processuais, como a suspensão condicional do processo e da pena e, ainda, para a análise de eventual pedido de liberdade provisória. 4. Segurança concedida para determinar que o Juízo de 1º grau providencie de imediato a requisição das certidões de antecedentes criminais dos denunciados.”

(MS 0019534-17.2014.4.03.0000, Quarta Seção, maioria, Rel. p. Acórdão Des. Federal José Lunardelli, j. 18.12.2014, e-DJF3 Judicial 1 06.02.2015)

“PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE REQUE-RIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE REQUISICÃO DE CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DO RÉU. ORDEM CONCEDIDA. 1. Mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público Federal ato do MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara de

Dourados/MS, que indeferiu o pedido de juntada das folhas de antecedentes do réu. 2. Cabível o mandado de segurança, em razão da inexistência de previsão legal de recurso específico para impugnar o ato atacado. 3. No sistema processual penal brasileiro, o Ministério Público limita-se ao oferecimento da denúncia, não formulando pedido de condenação do réu em determinada quantidade de pena. Cabe ao Juiz, se procedente a denúncia, proceder à dosimetria da pena considerando, de ofício, todas as circunstâncias, inclusive eventuais antecedentes do réu, independentemente de requerimento expresso da Acusação. 4. A juntada aos autos das certidões de antecedentes interessa não só à Acusação, mas também ao Juízo, a quem cabe proceder à dosimetria da pena, independentemente de requerimento da Acusação; e também pode eventualmente interessar à Defesa, como por exemplo, no caso de pedido de liberdade provisória, ou de suspensão condicional do processo. 5. As certidões de antecedentes somente revelam dados de penas sujeitas à suspensão condicional, ou de condenações anteriores já reabilitadas, quando requisitadas por juiz criminal, nos termos dos artigos 709, §2º e 748 do CPP - Código de Processo Penal. Da mesma forma, as penas diretamente aplicadas em crimes de menor potencial ofensivo, ou ainda os processos nos quais homologada a suspensão condicional, somente constam de certidões requisitadas por juiz criminal. 6. Embora o Ministério Público possa requisitar informações e documentos diretamente das autoridades, nos termos do artigo 129, inciso VI da Constituição e artigo 8º da Lei Complementar nº 75/1993, as certidões de antecedentes necessárias à correta dosimetria da pena, no caso de eventual condenação, teriam que ser requisitadas ao Juízo criminal. 7. Seria um contrassenso o Juiz do processo negar ao MPF a requisição de certidões, ao argumento de que o órgão pode requisitá-las diretamente, se as requisições teriam que ser dirigidas a vários outros Juízes criminais. 8. Cabe ao Juízo deferir o requerimento de requisição de certidões de antecedentes criminais formulado pelo Ministério Público. Precedentes da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 9. Segurança concedida.”

(MS 0030283-30.2013.4.03.0000, Primeira Seção, v.u., Rel. Juiz Convocado Márcio Mesquita, j. 02.10.2014, e-DJF3 Judicial 1 10.10.2014).

Posto isso, *DEFIRO o pedido de liminar* para determinar ao juízo impetrado que requirite os seguintes documentos que veiculam informações criminais de Manoel Alves Cardoso: a) folhas de antecedentes criminais oriundas do IIRGD-SSP/SP e do INI/DPF; b) certidões de distribuição da Justiça Federal e da Justiça Estadual de São Paulo; c) certidões de objeto e pé dos feitos que nelas eventualmente constarem.

Comunique-se o teor desta decisão ao juízo impetrado, para cumprimento e apresentação das devidas informações, *no prazo de 10 (dez) dias* (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, I).

Após a juntada das informações, *dê-se vista à Procuradoria Regional da República*, para oferecimento do necessário parecer.

Cumpridas tais determinações, *tornem os autos conclusos*.

Providencie-se o necessário. Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Ratifico em voto essa decisão, pois está em conformidade com a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Quarta Seção, como se nota nos seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DO RÉU. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INTERESSE NÃO APENAS DA ACUSAÇÃO. PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A C. Quarta Seção deste tribunal firmou o entendimento, pela maioria de seus membros que, muito embora possa o Ministério Público requisitar informações e documentos diretamente, consoante dispõe o art. 8º da LC nº 75/93, tal requisição não é ônus do *parquet* federal, uma vez que não constituem elemento tipicamente acusatório.

2. No processo penal as informações sobre a vida pregressa do acusado interessam não apenas à acusação, mas também ao próprio julgador, eis que necessárias para a dosimetria da

pena, concessão de suspensão condicional do processo e da pena, apreciação de pedido de liberdade provisória, dentre outros.

3. Por outro lado, dado o caráter sigiloso de informações constantes nas certidões de antecedentes criminais somente será afastado por determinação judicial, eis que, somente nas certidões de antecedentes requisitadas pelo juízo criminal constarão eventuais penas sujeitas à suspensão condicional ou condenações anteriores já reabilitadas, penas diretamente aplicadas em crimes de menor potencial ofensivo, ou ainda os processos nos quais homologada a suspensão condicional, nos termos dos artigos 709, §2º, e 748 do Código de Processo Penal.

4. Segurança concedida, liminar confirmada.

(MS 0028606-28.2014.4.03.0000, Quarta Seção, maioria, Rel. Des. Federal Cecília Mello, j. 19.03.2015, DJe 27.03.2015)

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. MATÉRIA DE INTERESSE PÚBLICO. INFORMAÇÕES IMPRESCINDÍVEIS PARA A CORRETA APLICAÇÃO DA PENA. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1 - Segundo precedentes da E. Primeira Seção (MS 0017869-97.2013.4.03.0000, Rel. Juiz Convocado PAULO DOMINGUES, julg. 16.01.2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30.01.2014; MS 0034130-74.2012.4.03.0000, Rel. Juiz Convocado MÁRCIO MESQUITA, julg. 04.07.2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05.11.2013; MS 0032375-15.2012.4.03.0000, Rel. Juiz Convocado PAULO DOMINGUES, julgado em 17.10.2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31.10.2013), é desnecessária a citação da parte ré da ação penal originária, nos termos do Enunciado nº 701 da Súmula de Jurisprudência do STF, haja vista que o objeto da presente ação mandamental - requisição de certidões criminais - não possui o condão de afetar sua esfera jurídica.

2 - Da mesma forma, conforme se depreende dos julgados supracitados, este Tribunal tem entendido ser desnecessária a notificação da União, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/09, considerando seu manifesto desinteresse no deslinde do conflito.

3 - As informações obtidas através das certidões de antecedentes criminais não ostentam caráter unicamente acusatório, mas também auxiliam o julgador na correta fixação da pena, bem como na análise de diversos benefícios que podem ser oferecidos ao réu, tais como a suspensão condicional do processo e da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, livramento condicional, dentre outros.

4 - Na hipótese, a recusa à requisição do *Parquet* Federal não é razoável, porquanto vai de encontro aos princípios da economia e da celeridade processual.

5 - Precedentes das EE. Primeira e Quarta Seções.

6 - Segurança concedida. Liminar confirmada.

(MS 0001853-34.2014.4.03.0000, Quarta Seção, maioria, Rel. Des. Federal Paulo Fontes, j. 16.01.2015, DJe 21.01.2015)

Outrossim, as informações prestadas pela autoridade impetrada (fls. 65/67) apenas repetem os fundamentos afastados na decisão concessiva da liminar, e não ensejam alteração desse quadro.

Por sua vez, o parecer ministerial, da lavra da Procuradora Regional da República Eugênia Augusta Gonzaga (fls. 69/72), reforça a necessidade de intervenção judicial em hipóteses como a dos autos:

Certo, ainda, que o caráter sigiloso das informações constantes das certidões de antecedentes criminais somente poderá ser afastado por determinação judicial, em observância ao disposto nos artigos 709, § 2º, e 748 do Código de Processo Penal. Sem a necessária intervenção judicial, a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas nas

certidões de antecedentes criminais, vale dizer, a informação será incompleta. São exceções expressamente previstas na lei processual penal às prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público.

(...)

Ou seja, a quebra de sigilo dos registros criminais só poderá ser efetuada por meio da requisição por juiz criminal, em respeito ao instituto da reintegração social dos condenados.

(...)

Assim, é evidente que a requisição direta pelo Ministério Público das folhas de antecedentes do acusado em ação penal poderia trazer aos autos informação incompleta, comprometendo a formação da convicção do juízo. Portanto, faz-se necessária a intervenção judicial (fls. 70/70v e 72; destaques no original).

Posto isso, confirmo a liminar deferida pela decisão de fls. 59/61v e **CONCEDO A SEGURANÇA.**

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Tributário



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0000949-52.2002.4.03.6105

(2002.61.05.000949)

Agravantes: IVANI BAGINI E OUTROS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 161/164

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelados: DENISE HELENA FERREIRA SALGADO E OUTROS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe de Processo: AMS 288700

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. SERVIDORES PÚBLICOS. RECOLHIMENTO. OBRIGATORIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou entendimento no sentido de que se revela exigível dos servidores públicos civis a contribuição sindical prevista no art. 8º, IV, ‘in fine’, da Constituição.” (STF, RE-AgR 413080, Rel. Min. CELSO DE MELLO). No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ é firme em reconhecer que os artigos 578 e seguintes, da CLT, são aplicáveis a todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive aos servidores públicos, observada a unidade sindical e a falta de necessidade de filiação, conforme assentado pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, que considerou recepcionada a exação pela atual Constituição Federal. Precedentes do STJ.

2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento ao agravo*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de julho de 2015.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto por *Ivani Bagini e Outros*, contra a r. decisão monocrática proferida às f. 161-164, que deu provimento à remessa oficial para reconhecer que é devida a contribuição sindical anual, prevista no art. 578 e seguintes da CLT, a todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive aos servidores públicos.

Sustenta o agravante, em síntese, que:

a) a jurisprudência firmou entendimento de que é indevida a cobrança do imposto sindical dos servidores públicos, tanto que a maioria dos Tribunais Superiores não efetua o desconto do indigitado imposto nos vencimentos dos seus servidores;

b) “não há como compatibilizar a sistemática da CLT com os Agravantes, que são servidores do Poder Judiciário da União Federal, regidos por lei específica (Lei 8.112/90 c/c a Lei 11.416/2006) e, sem previsão de contribuição ou imposto regulamentados” (f. 176);

c) a cobrança do referido imposto viola o disposto nos artigos 2º, 5º, II, 8º, I, 37, XV, e 150, I, da Constituição Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

A decisão proferida pelo e. Desembargador Federal Márcio Moraes veio vazada nos seguintes termos:

Os argumentos trazidos pela apelante não merecem guarida.

Quanto à invocada incompetência da Justiça Federal, é certo que, malgrado a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, pela EC nº 45/04, as ações decorrentes da relação de trabalho de natureza estatutária, envolvendo os servidores investidos em cargo público, continuam na esfera da competência da Justiça Comum, como demonstra a medida liminar deferida pelo C. STF, no bojo da ADI nº 3395, *in verbis*:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.”

(STF, Pleno, ADI 3395 MC/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10/11/06).

No que toca à alegada nulidade por ausência de citação da União, esta não ocorreu, pois, notificada a autoridade coatora, fica suprido o ato. Veja-se, nesse sentido, o precedente do STJ: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA UNIÃO PARA RESPONDER AO MANDADO DE SEGURANÇA. TÉCNICOS DO TESOIRO NACIONAL. RETRIBUIÇÃO ADICIONAL VARIÁVEL - RAV. TETO MÁXIMO. MP 831/95. RESOLUÇÃO CRAV Nº 001/95. ILEGALIDADE.

1. Quando a União, pessoa jurídica de direito público, deixa de ser citada, em mandado de segurança, não ocorre nulidade, porquanto a notificação da autoridade coatora compreende o ato citatório da União. Precedentes.

2. Os cargos de Auditor Fiscal da Receita Federal e Técnico da Receita Federal não pertencem a mesma categoria Funcional.

3. A Jurisprudência da Terceira Seção já pacificou o entendimento de que a fixação do valor da Retribuição de Adicional Variável - RAV deve ser submetida aos critérios discricionários da Administração, respeitado o limite máximo de oito vezes o valor do maior vencimento básico da respectiva tabela, conforme estabelecido pela Medida Provisória nº 831/95 afastando-se o teto imposto pela Resolução CRAV nº 001/95.

4. Recurso improvido.”

(RESP 199901140765, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:30/10/2006 PG:00422.)

Outrossim, corretamente indicou a parte impetrante a autoridade dita coatora, uma vez que a retenção e posterior repasse da verba implicada podem ser cessados pela pessoa mencionada na prefacial - Diretor da Folha de Pagamento do TRT da 15ª Região -, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva, porquanto a autoridade mencionada possui delegação da Presidência daquele Pretório para a execução do ato acoimado de ilegalidade.

Ora, embora seja certo que emanou na Presidência da Corte trabalhista a determinação para o desconto da contribuição em tela, em cumprimento a essa determinação e em decorrência da delegação dessa função pelo Presidente do Tribunal, a autoridade indicada na inicial foi quem efetivamente realizou a retenção dos valores nas folhas de pagamento.

Portanto, escorreita a indicação da autoridade coatora pelos impetrantes, nos termos do Enunciado nº 510 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial”.

Passo à análise do mérito, em apreciação à remessa necessária.

O busílis da questão posta nos autos é saber se os servidores públicos são obrigados ao recolhimento do “imposto sindical” anual.

A matéria não comporta maiores digressões, porquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em reconhecer que os artigos 578 e seguintes, da CLT, são aplicáveis a todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive aos servidores públicos, observada a unidade sindical e a falta de necessidade de filiação, conforme assentado pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, que considerou recepcionada a exação pela atual Constituição Federal, sendo oportuna a transcrição dos seguintes precedentes:

“ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL (‘IMPOSTO SINDICAL’) - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - RECOLHIMENTO COMPULSÓRIO - LEGITIMIDADE ATIVA DA CONFEDERAÇÃO.

1. A lei específica que disciplina a contribuição sindical compulsória (‘imposto sindical’) é a CLT, nos arts. 578 e seguintes, a qual é aplicável a todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive aos servidores públicos, observada a unicidade sindical e a desnecessidade de filiação, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que considerou recepcionada a exação pela atual Constituição Federal.

2. O desconto da contribuição sindical pode ocorrer a pedido de qualquer das entidades incluídas no rol dos beneficiários da importância da arrecadação, como previsto no art. 589 da CLT.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.”

(RMS 30.930/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 17/06/2010)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. RECOLHIMENTO COMPULSÓRIO. SERVIDORES PÚBLICOS. PRECEDENTES. ILEGITIMIDADE. DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE DO TJMG. RECOLHIMENTO DE VALORES DO ANO DE 2006. ‘MANDAMUS’. VIA INADEQUADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 269/STF.

1. Tratam os autos de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores da Justiça do Estado de Minas Gerais (em 30/06/2006) em face dos Desembargadores Presidente e Vice-Presidente do TJMG objetivando que seja efetuado o desconto e o repasse de contribuição sindical compulsória (um dia de salário anual) relativa ao exercício de 2006 e seguintes dos servidores da Primeira Instância do Poder Judiciário Mineiro. O TJMG (fls. 491/503), por unanimidade, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Vice-Presidente do TJMG e, no mérito, denegou a segurança (...).

2. Mantida a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Desembargador Vice-Presidente do TJMG, conforme fundamento apresentado no acórdão atacado às fls. 494/495.

3. O mandado de segurança, por não substituir a ação de cobrança (Súmula nº 269/STF), não é o meio processual adequado, na parte concernente ao desconto da contribuição sindical relativa ao ano de 2006, devido no mês de março, contando-se que o mandamus foi manejado em 30/06/2006.

4. Entendimento deste Tribunal de que é devida a contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578, e seguintes da CLT, a todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive aos servidores públicos.

5. Nesse sentido:

I - A controvérsia a ser dirimida restringe-se a saber se existe a possibilidade de compulsoriedade no desconto em folha de pagamento, do denominado 'imposto sindical', previsto no art. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

II - Há legislação específica que determina a compulsoriedade da contribuição sindical, ho-diernamente denominada 'imposto sindical'.

III - Os arts. 578 e seguintes, da CLT, são aplicáveis a todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive aos servidores públicos, observada a unidade sindical e a falta de neces-sidade de filiação, conforme assentado pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, que considerou recepcionada a exação pela atual Constituição Federal.

IV - É compulsório o recolhimento do denominado 'imposto sindical' pela Administração Pública.' (REsp 728.973/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 10/04/2006).

- A lei específica que disciplina a contribuição sindical compulsória ('imposto sindical') é a CLT, nos arts. 578 e seguintes, a qual é aplicável a todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive aos servidores públicos, observada a unicidade sindical e a desnecessidade de filiação, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que considerou recepcio-nada a exação pela atual Constituição Federal.

- É obrigatório o recolhimento do 'imposto sindical' pela Administração Pública Municipal a pedido de qualquer das entidades incluídas no rol dos beneficiários da importância da ar-recadação, como previsto no art. 589 da CLT. (REsp 612.842/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 11/04/2005).

6. Recurso ordinário parcialmente provido para determinar que a autoridade coatora realize o desconto referente à contribuição sindical pleiteada a partir do exercício seguinte à impe-tração."

(RMS 24.796/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 04/06/2008, grifei).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CON-TRIBUIÇÃO SINDICAL. ART. 578 DA CLT. COBRANÇA COMPULSÓRIA PARA TODOS OS SERVIDORES PÚBLICOS.

1. A contribuição sindical, prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT, é devida por todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive pelos servidores públicos. Precedentes 3. Recurso ordinário provido."

(RMS 26.254/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008)

Nesta Terceira Turma a questão já restou também pacificada, conforme o aresto que segue: **"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. IMPOSTO SINDICAL. CONTRIBUIÇÃO SIN-DICAL. ART. 578 DA CLT. COBRANÇA COMPULSÓRIA PARA TODOS OS SERVIDORES PÚBLICOS.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em reconhecer que os artigos 578 e seguintes, da CLT, são aplicáveis a todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive aos servidores públicos, observada a unidade sindical e a falta de necessidade de filiação, conforme assentado pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, que considerou recepcionada a exação pela atual Constituição Federal.

2. Apelação que se nega provimento."

(AC 1999.61.00.003021-9, Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, julgado em 1º/3/2012)

Assim, estando a sentença em dissonância com o acima exposto, merece reforma o *decisum*. Isto posto, nego seguimento à apelação e dou provimento à remessa oficial, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para denegar a segurança.

A propósito, a questão já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL (CF, ART. 8º, IV, “IN FINE”) - SERVIDOR PÚBLICO - EXIGIBILIDADE - PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DE MULTA - AUSÊNCIA DE INTUITO PROCRASTINATÓRIO - ATITUDE MALICIOSA QUE NÃO SE PRESUME - INAPLICABILIDADE DO ART. 18 E DO § 2º DO ART. 557 DO CPC - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou entendimento no sentido de que se revela exigível dos servidores públicos civis a contribuição sindical prevista no art. 8º, IV, “in fine”, da Constituição. Precedentes.

- A mera circunstância de a parte recorrente deduzir recurso de agravo não basta, só por si, para autorizar a formulação de um juízo de desrespeito ao princípio da lealdade processual. É que não se presume o caráter malicioso, procrastinatório ou fraudulento da conduta processual da parte que recorre, salvo se se demonstrar, quanto a ela, de modo inequívoco, que houve abuso do direito de recorrer. Comprovação inexistente, na espécie.

(STF, RE-AgR 413080, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, pois, que os fundamentos trazidos pelos agravantes não se mostram suficientes a ensejar a reforma da decisão agravada.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo, conforme a fundamentação *supra*.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0006512-38.2004.4.03.0000

(2004.03.00.006512-5)

Agravante: DANIEL KOLANIAN

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Parte Ré: VIA NAPOLI COM. DE CALÇADOS E BOLSAS LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO – SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: AI 198664

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C DO CPC. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.101.728/SP. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO-GERENTE. INADIMPLENTO. FALÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

- Instado o incidente de retratação em face do v. acórdão recorrido, por encontra-se em dissonância com o entendimento consolidado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do mérito do REsp nº 1.101.728/SP, representativo de controvérsia.

- O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.101.728/SP, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou entendimento no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio.

- Na hipótese dos autos, verifica-se da consulta realizada em 24.06.2015 ao Sistema Informação Processual da SRIP, em anexo, que “estando regularmente garantido o Juízo através de penhora levada a efeito no rosto dos autos do processo falimentar”, foi suspenso o curso da execução fiscal em 09.02.2011, cujos autos encontram-se aguardando no arquivo o desfecho da falência.

- Da análise do extrato de movimentação processual extraído do sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, anexo a este voto, infere-se que Processo de Falência nº 583.00.2003.066138-9 (nº de ordem: 499/2005, distribuído em 05.06.2003), em trâmite perante a 39ª Vara Cível do Fórum João Mendes da Comarca da Capital de São Paulo, ainda não se encerrou.

- A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade, não ensejando, por si só, autorização para o redirecionamento ao sócio.

- *In casu*, verifica-se que não houve dissolução irregular da empresa, e sim falência.

- Incabível a inclusão do sócio-gerente no polo passivo da execução fiscal.

- Encontrando-se o v. acórdão recorrido em dissonância com a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça impõe-se, em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, a reforma do julgado para dar provimento ao agravo de instrumento.

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, em juízo de retratação, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de julho de 2015.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por DANIEL KOLANIAN em face de decisão que deferiu sua inclusão no polo passivo da execução fiscal, ajuizada em face de “VIA NAPOLI COM/ DE CALCADOS E BOLSAS LTDA”, como responsável tributário, com fundamento no art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

Alega o agravante, em síntese, que sua inclusão no polo passivo da execução fiscal é ilegal, vez que o Fisco não possui provas de que o agravante agiu com excesso de poder, infração à lei ou contrato social e não foram esgotados todos os bens da executada passíveis de penhora. Alega nulidade da CDA porquanto não traz em seu bojo o nome do agravante, conforme determina o art. § 5º, art. 2º, da Lei nº 6.830/80 e art. 202, I, do CTN; bem como ilegitimidade passiva, vez que a inclusão do sócio no polo passivo da ação executiva fiscal deve-se dar mediante o devido processo legal administrativo, após o qual se deve oportunizar o pagamento do débito antes da inscrição em dívida ativa, conforme dispõe o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal, determinando-se a suspensão da decisão agravada até o julgamento presente recurso, e ao final o provimento do agravo de instrumento, a fim de que seja determinada a exclusão do agravante do polo passivo da execução fiscal em tela, possibilitando-se a indicação à penhora de novos bens pela sociedade executada.

Por decisão exarada às fls. 61/62, a e. Desembargadora Federal Marli Ferreira indeferiu o pedido de efeito suspensivo.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 73/77.

A C. Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento (fls. 81/90). O julgado encontra-se assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO SÓCIO GERENTE. POSSIBILIDADE. EMPRESA ATIVA NÃO REGULAR. INSUFICIÊNCIA DE BENS.

1. A jurisprudência até então predominante no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, interpretando o artigo 135 do CTN, direcionava no sentido de que o sócio-gerente, os diretores ou representantes de pessoas jurídicas seriam responsáveis, por substituição, pelos débitos tributários, desde que praticados com excesso de poderes ou infração à lei, agindo com violação à lei o sócio-gerente ou diretor que não recolhia os tributos devidos.

2. Depois de longa discussão, aquela Corte veio a reformular seu entendimento, pacificando-o no sentido de que o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado, nos termos do artigo 135, III do CTN, somente se justifica quando restar caracterizada a dissolução irregular da sociedade ou com-

provado que um desses dirigentes agiu com excesso de poderes ou infração à lei.

3. Contudo, estando a empresa “aberta”, e não possuindo bens para honrar as obrigações tributárias, tampouco apresentado declaração de rendimentos PJ, e informado à autoridade fiscal sua inatividade, pode haver o redirecionamento da execução para a pessoa do sócio-gerente, porquanto presume-se fraudulenta a alienação de bens por sujeito passivo em débito para com o Fisco, cuja inscrição em dívida ativa já fora procedida.

4. Agravo desprovido.

Opostos embargos de declaração pelo agravante (fls. 94/96), a E. Sexta Turma, por unanimidade, decidiu de ofício, não conhecer do agravo de instrumento, restando prejudicados os embargos de declaração (fls. 98/101).

Às fls. 103/113, o agravante interpôs Recurso Especial.

A União Federal apresentou contrarrazões ao Recurso Especial às fls. 122/127.

Em juízo de admissibilidade, a e. Vice-Presidente desta Corte proferiu decisão de seguinte teor (fls. 129):

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Especial interposto em face de aresto desta Corte Regional que negou provimento à apelação, entendendo legítimo o redirecionamento da execução fiscal à pessoa do sócio na medida em que infrutíferas as tentativas de cobrança junto à sociedade executada. Aduz-se que o mero inadimplemento do tributo não constitui causa suficiente para a caracterização de responsabilidade pelas dívidas societárias.

Considerando-se que a questão vertida encontra abrigo no entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, firmado no julgamento do REsp 1.101.728/SP, pela sistemática dos recursos repetitivos, onde se decidiu que *“a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio...”*, *respeitosamente, remeto os autos ao (à) Eminent Desembargador (a) Federal Relator(a), para os fins do disposto no § 7º, inciso II, do art. 543-C, do Código de Processo Civil.*

Na hipótese de retratação, encaminhem-se os autos, oportunamente, à Vara de origem.

Apresento o feito em mesa.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

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

Com efeito, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que *“a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (REsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005)”*, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMI-

NISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que “a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco” (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08).

2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EResp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1101728/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 23/03/2009)

Na hipótese dos autos, verifica-se da consulta realizada em 24.06.2015 ao Sistema Informação Processual da SRIP, em anexo, que “estando regularmente garantido o Juízo através de penhora levada a efeito no rosto dos autos do processo falimentar”, foi suspenso o curso da execução fiscal em 09.02.2011, cujos autos encontram-se aguardando no arquivo o desfecho da falência.

Da análise do extrato de movimentação processual extraído do sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, anexo a este voto, infere-se que Processo de Falência nº 583.00.2003.066138-9 (nº de ordem: 499/2005, distribuído em 05.06.2003), em trâmite perante a 39ª Vara Cível do Fórum João Mendes da Comarca da Capital de São Paulo, ainda não se encerrou.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade, não ensejando, por si só, autorização para o redirecionamento ao sócio, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO FALIMENTAR. REDIRECIONAMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DE ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES DO ART. 135 DO CTN. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há falar em violação do art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem resolve, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.

2. A ausência de prequestionamento dos arts. 50 do CC e 186 e 189 do Decreto-Lei nº 7.661/45 impede o conhecimento do recurso especial sobre a matéria neles tratada.

3. Na hipótese de processo falimentar, este STJ possui compreensão firmada no sentido de que, esgotados os bens da sociedade empresária falida, a execução somente pode ser redirecionada para o patrimônio dos sócios gerentes quando comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei. A propósito: AgRg no AREsp 295.296/RS, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 26/08/2013, AgRg no REsp 1.160.981/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010 e REsp 697.115/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 27/06/2005.

4. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, quanto à inexistência de de-

monstração de que o sócio gerente teria praticado qualquer das condutas previstas no art. 135 do CTN, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, a teor do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 511.471/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 02/06/2014)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. REDIRECIONAMENTO. NÃO CABIMENTO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, encerrado o processo falimentar, sem a constatação de bens da sociedade empresarial suficientes à satisfação do crédito tributário, extingue-se a execução fiscal, cabendo o redirecionamento tão somente quando constatada uma das hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN.

2. Se o Tribunal de origem manifesta-se expressamente sobre o encerramento regular da sociedade e a impossibilidade de redirecionamento do feito executivo em face do sócio-gerente, rever tal entendimento demandaria simples reexame de prova, o que encontra, igualmente, óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1396937/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. FALÊNCIA. EXIGUIDADE DE BENS. REDIRECIONAMENTO.

1. No STJ o entendimento é de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade solidária do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN.

2. A falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade, pois, além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar compromissos assumidos.

3. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, só estando autorizado o redirecionamento da Execução Fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração a lei, contrato social ou estatutos.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 128924/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 03/09/2012)

No mesmo sentido, os precedentes desta E. Corte:

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO SÓCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS MÍNIMOS.

1. A ocorrência da quebra, mesmo que posteriormente encerrado o processo falimentar, não enseja, por si só, o redirecionamento da execução contra os sócios responsáveis, considerando-se que a falência constitui-se em forma regular de extinção da empresa. E não há, nos autos, qualquer comprovação de que tenha havido crime falimentar ou mesmo irregularidades na falência decretada.

2. Não restou evidenciado que o sócio referido tenha praticado ou deixado de praticar qualquer ato de modo a ensejar sua responsabilização, nos termos de mencionado dispositivo legal, não

sendo suficiente para tanto, a instauração de Inquérito Judicial Falimentar.

3. A certidão de objeto e pé dos autos falimentares (fls. 156/157) indica que o Inquérito Judicial foi autuado como ação penal, estando os autos arquivados; assim, entendo que não restou efetivamente comprovado de que mencionado sócio tenha incorrido em atos de infração na gestão da empresa, ou, ainda, que a falência tenha sido decretada em razão de abusos cometidos pelos sócios.

4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0024046-77.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 21/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO. ART. 135, III, DO CTN. FALÊNCIA. CRIME FALIMENTAR. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. A suspensão do cumprimento da decisão agravada exige que seja demonstrada, por meio de relevante fundamentação, hipótese de lesão grave e de difícil reparação, sendo que não vislumbro no recurso apresentado os requisitos exigidos pelos artigos 527, III, e 558 do CPC.

2. O simples inadimplemento do crédito tributário não é suficiente para ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente da empresa devedora, sendo necessário que se apresentem indícios de dissolução irregular ou a prática de alguns dos atos previstos no artigo 135, inciso III, do CTN, tais como atos cometidos com excesso de poder ou em infração à lei, contrato social ou estatutos.

3. Consta dos autos que houve a decretação de falência da empresa executada, conforme atesta ficha da JUCESP (fls. 138/139). Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a decretação de falência não enseja hipótese de dissolução irregular ou de prática de alguns dos atos do artigo 135, III, do CTN: TRF 3ª Região, Terceira Turma, AI 2007.03.00.036618-7, Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 13.12.2007, DJ 30.01.2008, p. 384; TRF 3ª Região, Terceira Turma, AI 2008.03.00.002031-7, Rel. Desembargador Federal Nery Júnior, j. 05.06.2008, DJ 24.06.2008.

4. No caso concreto, o ofício judicial de fl. 137 informa a existência de inquérito judicial e oferecimento de denúncia para apuração de suposta prática de crime falimentar pelos sócios-administradores. Entretanto, referido documento não contém informações acerca de efetiva constatação de desvio de bens pelos sócios, mencionado, tão somente, que a ação penal já foi extinta. Não houve comprovação pela exequente de eventual gestão fraudulenta praticada pelos sócios-gerentes, o que torna incabível, por ora, a inclusão destes no polo passivo da demanda.

5. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0011385-66.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 05/12/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FALÊNCIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE.

I. A certidão de objeto e pé da ação de falência não comprova a ocorrência de crime falimentar, tão somente aponta a instauração de inquérito judicial.

II. No caso dos autos, conforme Certidão de fls. 32/33, o inquérito para apuração de irregularidades por parte dos sócios da empresa falida foi apensado aos autos principais em 01.06.01, dada a apresentação de cota pelo MPF no inquérito falimentar.

III. Assim, não havendo ação penal, deve ser aplicada a regra geral no sentido de que com o encerramento definitivo do processo de falência, ainda que a dívida permaneça exigível e não paga, afasta-se a possibilidade de satisfação do credor, perdendo a ação de execução seu objeto.

IV. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0503766-34.1998.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 06/09/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/09/2012)

In casu, verifica-se que não houve dissolução irregular da empresa, e sim falência.

Assim, incabível a inclusão do sócio-gerente DANIEL KOLANIAN no polo passivo da execução fiscal, ante a não comprovação de que tenha praticado atos previstos no art. 135, III, do CTN.

Ante o exposto, encontrando-se o v. acórdão recorrido em dissonância com a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça impõe-se, em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, c.c art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, a reforma do julgado para dar provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0007896-25.2011.4.03.6100

(2011.61.00.007896-6)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: MARIA EUGENIA SCHWINDEN CHRISPIM
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe de Processo: ApelReex 1745040
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/06/2015

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO REX 566.621. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. APOSENTADORIA. ALIENAÇÃO MENTAL. ALZHEIMER. LAUDO OFICIAL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS.

Considerando que esta ação foi ajuizada após a vigência da LC nº 118/2005, estão prescritos todos os pagamentos anteriores aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

O Mal de Alzheimer - doença sofrida pela autora - não está expressamente arrolado entre as doenças que permitem a isenção de imposto de renda. No entanto, é preciso esclarecer que o Mal de Alzheimer é uma espécie do gênero “alienação mental”, mazela esta que se encontra inserida no rol de isenção.

Declaração e laudo pericial emitido por serviço médico do Estado de São Paulo, reconhecendo ser a autora portadora de alienação mental, em razão do mal de Alzheimer, e de cardiopatia grave, fazendo jus à isenção prevista em lei (REsp 1116620/BA, da Relatoria do Ministro LUIZ FUX, representativo de controvérsia).

Não há que se falar na falta de laudo oficial atestando a doença, visto que a declaração e laudo pericial de fls. 30/31 atestados por médico que integra o próprio serviço público de saúde (Hospital Geral de Nova Cachoeirinha).

O Juiz não está vinculado ao que dispõe um laudo oficial, podendo proceder a livre apreciação da prova (art. 130 do CPC) e Jurisprudência STJ.

Reconhecida a isenção do imposto de renda, a partir do ano calendário de 2005, observando-se a prescrição quinquenal, visto que as retificadoras apresentadas em 2010 (fls. 364/368).

Em razão da isenção reconhecida, há que se anular a cobrança dos valores remanescentes oriundos do PA 18186.008280/2010-19 (CDA 80.1.11.001988-04), fls. 377 e 431/434 (IR ano calendário 2007/exercício 2008), bem como o PA 18186.008281/2010-63, fls. 574/575 e 580/581 (IR ano calendário 2006/exercício 2007).

A autora tem direito à restituição dos valores recolhidos a título de imposto de renda sobre os proventos de sua aposentadoria, desde o ano calendário de 2005/exercício 2006 até o ano calendário 2009/2010, bem como ao processamento de suas declarações de imposto de renda retificadoras, apresentadas em 2010 (fls. 364/368) e às restituições dos valores recolhidos indevidamente no período.

Com relação ao valor a ser restituído, a questão deverá ser objeto de fase de cumprimento de sentença. Para a confecção dos cálculos, no que se refere ao valor a ser restituído, devem ser utilizados, unicamente, os indexadores instituídos por lei para

corrigir débitos e/ou créditos de natureza tributária. No caso, incidente a SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1996, instituída pelo art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, que abrange tanto a recomposição do valor da moeda como os juros.

Honorários advocatícios nos termos em que fixados pelo juiz *a quo*, visto o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Remessa oficial e apelação 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 Apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de junho de 2015.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

Cuida-se de remessa oficial e apelação da União Federal visando a reforma da r. sentença que julgou procedente o pedido para reconhecer o direito à isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria da autora, declarando inexigíveis os débitos relacionados ao imposto de renda desde de 2005, bem como para anular os lançamentos fiscais remanescentes do período de 2005 a 2009, condenando a ré a devolver os valores pagos indevidamente, a título de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria da autora, nos anos de 2005 a 2009, inclusive aqueles que faz jus após o processamento das declarações retificadoras do imposto de renda do referido período. Tais valores, apurados, em liquidação de sentença, após o trânsito em julgado, atualizados pela SELIC (fls. 675/680).

Em suas razões, a União alega a presunção de certeza dos atos administrativos fiscais bem como a atividade vinculada de arrecadação tributária. Afirma que, após a análise dos Processos Administrativos 18186.008280/2010-19, 18186.008283/2010-52 e 18186.008281/2010-63, o Fisco concluiu pela manutenção de parte dos valores cobrados porquanto não restou configurada a isenção, visto que a efetiva comprovação da moléstia ocorre através de laudo oficial (fls. 683/689). Pleiteia a reforma da r. sentença *a quo*.

Nas suas contrarrazões, a autora (fls. 694/703) sustenta a correção da sentença, para tanto argumentando com a ilegalidade do ato administrativo, bem como que a documentação juntada pela parte autora comprova que se enquadra no disposto no art. 6º, inciso XIV da Lei 7.713/88, bem como nos art. 5º, inciso XII e §1º da IN SRF Nº 15/2001. Por fim, pleiteia a restituição dos valores indevidamente recolhidos, no período de 2005 a 2009 (fls. 694/703).

É o Relatório.

À Revisão.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

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

Por primeiro, quanto ao prazo prescricional para a repetição, vinha se adotando o posicionamento pacificado no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, adotado por sua Primeira Seção, a qual decidiu no regime de Recursos Repetitivos (art. 543-C do CPC), por unanimidade, (Recurso Especial Repetitivo nº 1002932/SP), que se aplicava o prazo prescricional de cinco anos para os recolhimentos efetuados após a entrada em vigor da LC 118/05.

No entanto, em 11/10/2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621, entendeu pela aplicabilidade da referida lei às ações ajuizadas após sua entrada em vigor, considerando o prazo da *vacatio legis* de 120 dias.

Aqueles que ajuizaram ações antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09/06/2005) têm direito à repetição das contribuições recolhidas no período de dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, limitada ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da nova lei (art. 2.028 do Código Civil). No tocante às ações ajuizadas após a vigência da LC 118/05, o prazo prescricional é de cinco anos.

Assim, tendo sido a presente ação ajuizada em 16/05/2011, estão prescritos todos os recolhimentos indevidos realizados antes de 16/05/2006.

No mérito propriamente dito, a Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988 assim preconiza:

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*, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado de doença de Paget (osteíte deformante), síndrome de imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

O Mal de Alzheimer - doença sofrida pela autora - não está expressamente arrolado entre as doenças que permitem a isenção de imposto de renda. No entanto, é preciso esclarecer que o Mal de Alzheimer é uma espécie do gênero “alienação mental”, mazela esta que se encontra inserida no rol de isenção.

Tanto é assim que consta as fls. 30/31, a declaração e o laudo pericial emitido por serviço médico do Estado de São Paulo (Hospital Geral de Nova Cachoeirinha), reconhecendo ser a autora portadora de alienação mental, em razão do mal de Alzheimer, e de cardiopatia grave, fazendo jus à isenção prevista em lei.

Consta, ainda, do referido laudo, que a doença existe desde 2004, motivo pelo qual foi deferido o pedido de isenção do Imposto de Renda Pessoa Física junto à Cassi - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, a partir de janeiro de 2004 (fls. 33/41).

A questão foi objeto do REsp 1116620/BA, representativo de controvérsia, da relatoria do Ministro LUIZ FUX, nos termos do art. 543-C, do CPC, conforme ementa que segue:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART.543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA

GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal.

2. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: 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. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (*numerus clausus*), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas.

3. Consectariamente, revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser 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. (Precedente do STF: RE 233652/DF - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 18-10-2002. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1187832/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1035266/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009; AR 4.071/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1007031/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006)

4. *In casu*, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1116620/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 25/08/2010)

No mesmo sentido os precedentes dessa Corte:

DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ISENÇÃO - DOENÇA DE ALZHEIMER - ARTIGO 6º, INCISO XIV, DA LEI FEDERAL Nº 7.713/88 - PRETENSÃO À RESTITUIÇÃO: PROCEDÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS: JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ.

1. *Não incide Imposto de Renda sobre os proventos percebidos por pessoas portadoras de uma das moléstias enumeradas no artigo 6º, inciso XIV, da Lei Federal nº 7.713/88, dentre as quais está a alienação mental.*

2. A isenção é devida ainda que a moléstia seja posterior à aposentadoria.

3. “Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, § único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se

a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real”. (1ª Turma - Min. Teori Albino Zavascki - Resp nº 952809/SP- 04/09/2007).

4. Apelação e Remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0900009-72.2005.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 23/09/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/10/2010 PÁGINA: 640)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE A RENDA - MAL DE ALZHEIMER - ALIENAÇÃO MENTAL - APOSENTADORIA - ISENÇÃO

1. Preliminar de ausência de documentos indispensáveis rejeitada.

2. *O inciso XIV da Lei 7.713/88 concede isenção do Imposto de Renda relativamente aos proventos percebidos pela contribuinte aposentada portadora de mal de alzheimer (alienação mental).*

3. A autora comprovou que era portadora de alzheimer (alienação mental), para tanto juntou laudo emitido pelo IMESC - Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo.

4. Preliminar rejeitada, apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, não providas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0001203-98.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/10/2008, DJF3 DATA: 11/11/2008)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. PENSÃO. ISENÇÃO. DOENÇA GRAVE ESPECIFICADA EM LEI. ART. 6º, INCS. XIV E XXI, DA LEI Nº 7.713/88. COMPROVAÇÃO DA MOLÉSTIA. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE E APTA. NOVA PERÍCIA MÉDICA. DESNECESSIDADE.

1. A isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria, reforma ou pensão, em face da existência de moléstia grave que acomete o contribuinte, visa desonerá-lo devido aos encargos financeiros relativos ao próprio tratamento da doença.

2. *Os documentos juntados aos autos são suficientes e hábeis à comprovação da doença que acomete o contribuinte (alienação mental), evidenciando-se do seu teor que a impetrante é idosa, encontra-se aos cuidados profissionais da médica da unidade de saúde pública pertencente à Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto/SP, em virtude da patologia CID G 31.9, necessitando de terceiros para cuidados pessoais e para resolver todos os assuntos de ordem material e financeira, além de encontrar-se impossibilitada de realizar grandes viagens, haja vista ter se submetido à cirurgia “quadrantectomia com esvaziamento axilar”, sendo portadora também do CID C 50.9 (neoplasia maligna).*

3. Desnecessário, portanto, o deslocamento da impetrante até outra cidade para a realização de nova perícia médica.

4. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0002560-44.2005.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 09/12/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/12/2010 PÁGINA: 527)

Não há que se falar na falta de laudo oficial atestando a doença, porquanto a declaração e o laudo pericial de fls. 30/31 foram atestados por médico que integra o próprio serviço público de saúde (Hospital Geral de Nova Cachoeirinha).

Anoto, ainda, que no Direito Brasileiro o Juiz não está vinculado ao que dispõe um laudo oficial, podendo proceder a livre apreciação da prova (art. 130 do CPC - STJ: EDcl no AgRg no AgRg nos EAREsp 258.835/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 01/09/2014; AgRg no AREsp 126.555/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014),

Assim, deve ser reconhecida a isenção do imposto de renda, a partir do ano calendário de 2005, observando-se a prescrição quinquenal, pois as *retificadoras foram apresentadas em 2010* (fls. 364/368).

Em razão da isenção ora reconhecida, há que se anular a cobrança dos valores remanescentes oriundos do PA 18186.008280/2010-19 (CDA 80.1.11.001988-04), fls. 377 e 431/434 (IR ano calendário 2007/exercício 2008), bem como o PA 18186.008281/2010-63, fls. 574/575 e 580/581 (IR ano calendário 2006/exercício 2007).

A autora faz jus à restituição dos valores recolhidos a título de imposto de renda sobre os proventos de sua aposentadoria, desde o ano calendário de 2005/exercício 2006 até o ano calendário 2009/2010, bem como ao processamento de suas declarações de imposto de renda retificadoras, apresentadas em 2010 (fls. 364/368) e à restituição dos valores recolhidos indevidamente no período.

Com relação ao valor a ser restituído, a questão deverá ser objeto de fase de cumprimento de sentença. Para a confecção dos cálculos, no que se refere ao valor a ser restituído, devem ser utilizados, unicamente, os indexadores instituídos por lei para corrigir débitos e/ou créditos de natureza tributária. No caso, incidente a SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1996, instituída pelo art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, que abrange tanto a recomposição do valor da moeda como os juros.

Honorários advocatícios nos termos em que fixados pelo juiz *a quo*, visto o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, mantendo a r. sentença *a quo*, consoante fundamentação.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0035125-87.2012.4.03.0000

(2012.03.00.035125-8)

Agravante: GUARDA MIRIM DE TAUBATÉ

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Partes Rés: ANTONIA HELENA COUTO SILVA E OSWALDO ANTONIO ABACHERLI

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: AI 493309

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/07/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ORDEM DE BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, IV, CPC. NÃO ENQUADRAMENTO À HIPÓTESE LEGAL.

1. Decisão agravada que indeferiu o desbloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, sob o fundamento da ausência de comprovação de impenhorabilidade das verbas.

2. Impenhorabilidade prevista no art. 649, IV, do CPC que não abarca os valores pertencentes à pessoa jurídica que futuramente seriam utilizados para pagamento de verbas salariais. Precedentes.

3. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de julho de 2015.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GUARDA MIRIM DE TAUBATÉ contra r. decisões (fls. 131 e 139/140) do MM. Juízo Federal de Taubaté/SP pelas quais, em ação de execução fiscal, foi determinada a penhora sobre ativos financeiros da executada e, após reconhecimento de prescrição de parte do débito exequendo, mantido o bloqueio dos valores penhorados tendo em vista que o débito executado remanescente supera o montante atingido com a medida restritiva.

Alega a recorrente, em síntese, que os valores bloqueados tinham destino certo e imprescindível para seu funcionamento, sendo destinados ao pagamento de salários dos profes-

sores e funcionários da entidade, além de aluguéis, alimentação, água, luz e outros itens que garantem o seu funcionamento básico. Aduz, ainda, que as empresas que mantêm convênio com a agravante e ativam os adolescentes como aprendizes em seus estabelecimentos efetuam depósitos na conta cujos valores foram bloqueados para pagamento dos salários dos menores, parcela do 13º salário, encargos fundiários e previdenciários. Sustenta, assim, que o bloqueio efetivado tem impedido seu funcionamento e que os salários dos aprendizes e funcionários revelam-se protegidos pelo quanto insculpido no art. 649, IV do CPC e art. 7º, X da CF, sendo demonstrada a impenhorabilidade dos valores, nos termos do art. 655-A, § 2º do CPC.

Em juízo sumário de cognição (fls. 414/414vº), foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso.

Manifestação da agravada às fls. 419/426.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

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

Versa o recurso interposto matéria de bloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD em autos de execução fiscal.

O juiz de primeiro grau indeferiu a pretensão sob o seguinte fundamento:

(...) considerando a ordem de preferência constante do artigo 655 e o disposto no artigo 655-A, ambos do CPC, defiro a penhora por meio do sistema BACENJUD.

Na apreciação do pedido de efeito suspensivo a pretensão recursal foi objeto de juízo desfavorável nos seguintes termos:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GUARDA MIRIM DE TAUBATÉ contra r. decisões (fls. 131 e 139/140) do MM. Juízo Federal de Taubaté/SP pelas quais, em ação de execução fiscal, foi determinada a penhora sobre ativos financeiros da executada e, após reconhecimento de prescrição de parte do débito exequendo, mantido o bloqueio dos valores penhorados tendo em vista que o débito executado remanescente supera o montante atingido com a medida restritiva.

Alega a recorrente, em síntese, que os valores bloqueados tinham destino certo e imprescindível para seu funcionamento, sendo destinados ao pagamento de salários dos professores e funcionários da entidade, além de aluguéis, alimentação, água, luz e outros itens que garantem o seu funcionamento básico. Aduz, ainda, que as empresas que mantêm convênio com a agravante e ativam os adolescentes como aprendizes em seus estabelecimentos efetuam depósitos na conta cujos valores foram bloqueados para pagamento dos salários dos menores, parcela do 13º salário, encargos fundiários e previdenciários. Sustenta, assim, que o bloqueio efetivado tem impedido seu funcionamento e que os salários dos aprendizes e funcionários revelam-se protegidos pelo quanto insculpido no art. 649, IV do CPC e art. 7º, X da CF, sendo demonstrada a impenhorabilidade dos valores, nos termos do art. 655-A, § 2º do CPC.

Formula pedido de efeito suspensivo, que ora aprecio.

De saída, não restou cabalmente comprovado que os valores bloqueados impossibilitam o funcionamento da agravante, tampouco que impedem o pagamento dos aprendizes e dos funcionários da agravante.

Observo, mais, que a planilha juntada às fls. 408/409 comprova tão somente que a agravante possui despesas administrativas e com pessoal, inclusive pagamento de salários, férias, 13º salário e contribuições previdenciárias dos aprendizes, o que, por si só, também não demonstra que a medida de contração tenha impossibilitado o pagamento dessas despesas.

Ademais, consoante de extrai dos contratos juntados às fls. 161/206, o pagamento dos salários dos aprendizes é feito pelas empresas conveniadas, que usufruem do trabalho dos menores, sendo a agravante responsável pelo repasse desses valores aos aprendizes (parágrafo primeiro do item 7 dos contratos). Assim, como se verifica às folhas 145/151 (extrato bancário dos dias 06 a 08/11/2012), foram realizados depósitos pelas empresas conveniadas (fl. 145), sendo prontamente efetuado o pagamento dos salários dos aprendizes (fls. 145 a 150), a agravante não se desincumbindo do ônus de comprovar as demais movimentações realizadas na conta corrente a demonstrar que valores supostamente impenhoráveis, eis que destinados a pagamentos de funcionários e aprendizes, teriam sido bloqueados, observando que o bloqueio on-line ocorreu apenas no dia 22/11/2012 (fl. 132vº).

Destarte, neste juízo sumário de cognição, não se me parecendo as razões recursais hábeis a abalar a motivação da decisão recorrida, não reconheço nas razões recursais relevância suficiente a justificar a medida, pelo que indefiro o efeito suspensivo ao recurso.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Confirma-se a motivação exposta na decisão inicial.

Com efeito, a impenhorabilidade prevista no inciso IV do art. 649 do CPC visa à proteção das verbas alimentares destinadas ao sustento da pessoa e sua família quando se encontram sob o domínio destas e não abarca os valores pertencentes à empresa que futuramente seriam utilizados para pagamento de verbas salariais.

Neste sentido, destaco os precedentes desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS DEPOSITADOS EM INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. VERBA DESTINADA AO PAGAMENTO DE EMPREGADOS. ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

I. Os depósitos e as aplicações em instituições financeiras, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, são considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora *on line* (artigo 655-A, do CPC).

II. A impenhorabilidade do salário prevista no art. 649, IV, do CPC não alcança os ativos depositados em instituição financeira da pessoa jurídica executada, os quais, por mera alegação, seriam destinados ao pagamento dos vencimentos de seus empregados.

III. Agravo de instrumento desprovido.

(AI 00016870720114030000, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/09/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:);

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO. SISTEMA BACENJUD. LEI 11.386/06. ARTIGOS 655 E 655-A CPC. JURISPRUDÊNCIA FIRME E CONSOLIDADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Caso em que o MS 2004.61.00.011041-9 não está a amparar a pretensão da agravante, pois, embora impetrado para garantir a emissão de CPDEN, obstada pelas CDAs 80.6.04.012824-54 e 80.7.04.003802-39 (os mesmos débitos ora executados), é certo que a liminar e a sentença, favoráveis ao contribuinte, não prevalecem na atualidade, em razão do julgamento de proce-

dência do recurso de apelação fazendário e da remessa oficial, por esta Corte, transitado em julgado, em que se considerou inexistente causa de suspensão da exigibilidade.

2. Embora na AO 97.0018430-7 (AC 0018430-19.1997.4.03.6100/ RE 434172) e na AO 97.0018433-1 (AC 0018433.71.1997.4.03.6100/RE 919.549), transitadas em julgado, tenha sido reconhecida a existência de créditos de PIS e FINSOCIAL, bem como declarado o direito de compensá-los com débitos de PIS e COFINS, respectivamente, as compensações efetuadas pela agravante (nos termos da Lei 8.383/91) encontram-se pendentes de análise pela SRFB, não sendo possível reconhecer daí a existência de causa de suspensão da exigibilidade/extinção dos débitos sob condição resolutória.

3. A um, porque essa conclusão ofende a coisa julgada daquele MS 0011041-36.2004.4.03.6100, onde se decidiu que a compensação efetuada de acordo com a Lei 8.383/91, pendente de análise, não possui o efeito de, por si só, suspender a exigibilidade do débito compensado.

4. A dois, porque de acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a compensação é regulada pela Lei vigente ao tempo do ajuizamento da ação de compensação (v.g., AGRESP 926217 Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 10/02/2011).

5. A compensação de débitos, com extinção sob condição resolutória de sua ulterior homologação, somente adveio com a Lei 10.637/02, que alterou o artigo 74 da Lei 9.430/97 (compensação de tributos de diferentes espécies, mediante requerimento à RFB). Não é este o caso dos autos, pois a compensação foi efetuada entre tributos da mesma espécie, de acordo, portanto, com a Lei 8.383/91. Daí a inaplicabilidade daquela normatização (Lei 9.430/97 modificada pela Lei 10.637/02) que, ainda, é posterior à compensação efetuada. Não se vislumbra, assim, hipótese de suspensão da exigibilidade dos débitos em cobrança.

6. A suspensão da exigibilidade, nos casos de compensação da Lei 8.383/91, pendente de apreciação pela autoridade tributária, condiciona-se à verificação da plausibilidade jurídica da extinção dos débitos com os créditos existentes. No caso, essa análise demandaria dilação probatória, exigindo, desta forma, a oposição de embargos do devedor, tal como consta da decisão de f. 322/3.

7. Tampouco se verifica existência de intenção fazendária de extinguir parcialmente a EF quanto a CDA 80.7.04.003802-39, não se podendo extrair tal conclusão pelas informações prestadas às f. 331/2, em que apenas se omitiu manifestação a respeito.

8. Quanto a alegada ofensa ao contraditório, por requerimento de constrição sem prévia notificação no PA da rescisão do parcelamento, cabe considerar que, conforme manifestação da UNIÃO, o pedido de parcelamento sequer foi consolidado. Assim, o descumprimento das etapas de requerimento constituiu causa de cancelamento do pedido, e não de indeferimento, nos termos do artigo 15, § 3º, da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009.

9. Além disso, ao requerer a inclusão dos débitos no parcelamento, o contribuinte concordou com os termos ali estabelecidos, e se comprometeu a seguir os prazos e procedimentos, sujeitando-se às respectivas sanções.

10. O artigo 21, § 4º da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009, dispões que o contribuinte seria notificado da exclusão do parcelamento por meio eletrônico, com prova de recebimento, nos termos do artigo 12 do mesmo diploma, que considera domicílio tributário do sujeito passivo “o endereço eletrônico a ele atribuído pela RFB”. Não há nos autos demonstração de que não houve o envio pela PGFN, e recepção dessa mensagem eletrônica pelo contribuinte.

11. O artigo 12 deixa claro que o requerimento de adesão ao parcelamento “implicará expresso consentimento do sujeito passivo, nos termos do § 5º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, quanto à implementação, pela RFB, de endereço eletrônico para envio de comunicações ao seu domicílio tributário, com prova de recebimento” (artigo 12, § 6º, II, da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6/2009).

12. Consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo diante de execução fiscal de créditos de natureza tributária, no sentido da validade, a partir da vigência da Lei 11.386/2006, do bloqueio eletrônico de recursos financeiros para viabilizar a penhora, ainda

que existentes outros bens penhoráveis, afastando, pois, o caráter excepcional da medida, dada a própria preferência legal estabelecida em favor do dinheiro, esteja em depósito ou aplicação financeira.

13. Sobre o prisma legal, em que assentado o agravo de instrumento, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da validade do bloqueio eletrônico de recursos financeiros, conforme revelado pela ampla citação de precedentes, que comprovam, por si, a inconsistência das alegações no sentido da reforma da decisão agravada.

14. A execução fiscal não pode sujeitar-se à ineficácia e à frustração de seu objetivo, com base no interesse, exclusivamente do devedor, de não sofrer a penhora capaz de satisfazer a pretensão deduzida em Juízo, sendo de relevância observar, neste como em qualquer outro feito, o princípio da efetividade e da celeridade da prestação jurisdicional, não havendo inconstitucionalidade ou ilegalidade na medida decretada, ou, ainda, ofensa aos princípios invocados pela agravante.

15. Também a fixação de preferência legal de penhora e sua efetivação não configuram violação do sigilo bancário ou fiscal, pois a constrição independe e não se faz com exposição de dados fiscais ou bancários, atingindo diretamente os recursos sem revelar informações sigilosas; nem se trata de hipótese de tributo a sujeitar-se ao princípio do não confisco; e, evidentemente, o livre exercício da profissão ou a proteção à família não é impedimento ao exercício do direito de constrição em execução fiscal de crédito público, que se fez, no caso concreto, em conformidade com legislação e jurisprudência, não havendo, assim, qualquer ofensa aos preceitos legais indicados.

16. Quanto a impenhorabilidade dos valores bloqueados, sob a alegação de se tratar de recursos destinados ao pagamento da folha de salário de seus empregados, e demais verbas decorrentes de relação trabalhista, cabe ressaltar que consolidada a jurisprudência, com base no texto legal expresso, firme no sentido de que são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal” (artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil).

17. A proteção legal destina-se a assegurar a subsistência do devedor, tornando impenhoráveis, pois, os valores destinados à garantia alimentar, sem a qual possa ser comprometido o sustento do indivíduo e de sua família.

18. Ocorre que os valores ainda encontram-se sob o domínio da empresa executada, o que não autoriza a conclusão da agravante para que a hipótese seja de impenhorabilidade prevista no artigo 649, IV, do CPC, pois além da ausência de prova suficiente da destinação ao pagamento dos empregados, a qualidade de “salário” somente se apresenta com a transferência dos valores aos trabalhadores, estes os verdadeiros entes protegidos pela norma, que visa garantir seu sustento e de sua família.

19. Por fim, quanto ao pedido de abatimento dos débitos pelos recolhimentos durante a vigência do parcelamento, a deficiência instrutória do recurso não permite vislumbrar se apenas os débitos executados tiveram a inclusão no parcelamento requerida, para constatar a existência dessa vinculação, e o direito ao abatimento. Assim, não havendo demonstração documental suficiente, é manifesta a impossibilidade de análise, neste momento, dessa alegação, sendo possível sua apreciação em primeiro grau.

20. Agravo inominado desprovido.

(AI 00320642420124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/06/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

Anoto, ainda, que a penhora eletrônica de ativos financeiros por meio do Sistema BACENJUD, até o montante integral do débito, toma por consideração a ordem de gradação legal prevista no art. 11 da LEF e a Resolução nº 524 do Conselho da Justiça Federal, a qual

prevê a precedência do BACENJUD sobre os outros meios de constrição judicial no processo de Execução.

Por fim, os ativos financeiros encontram-se elencados em primeiro lugar na ordem de preferência estabelecida no art. 11 da LEF e que, destarte a penhora “on-line” deferida não implicaria ofensa ao art. 620 do CPC tendo em vista que referido dispositivo legal deve ser analisado em cotejo com o art. 612 do mesmo diploma legal, prevendo que a execução far-se-á no interesse do credor.

Por estes fundamentos, *nego provimento* ao recurso, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0037622-50.2012.4.03.9999

(2012.03.99.037622-9)

Agravante: GUSMÃO ENGENHARIA E COM. LTDA. E HOMERO LINO DE GUSMÃO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 820/821

Apelante: GUSMÃO ENGENHARIA E COM. LTDA. E HOMERO LINO DE GUSMÃO
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ORLÂNDIA - SP

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Classe do Processo: AC 1788699

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. INTERESSE PROCESSUAL DO SÓCIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - AGRAVO LEGAL PROVIDO.

1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de 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.

2. A suspensão da exigibilidade da dívida pela inclusão no parcelamento não afasta o interesse processual do sócio que busca reconhecer sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ou seja, afastar sua responsabilidade tributária.

3. E, na hipótese dos autos, os agravantes não questionam somente a legalidade do crédito tributário, mas também a responsabilidade tributária do sócio, subsistindo o interesse recursal quanto a este assunto.

4. Por sua vez, mais adequado do que determinar a anulação do julgado quanto à responsabilidade do sócio, é a aplicação do disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, por analogia, visto que a questão é exclusivamente de direito. Com efeito, o mencionado dispositivo permite que, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal, revertendo a extinção, prossiga na análise do mérito, desde que a causa esteja em condições de julgamento, sendo o caso dos autos.

5. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, expresso na sua Súmula nº 392, no sentido de que a certidão de dívida ativa não pode ser substituída, nem mesmo antes da prolação da sentença em embargos.

6. Porém, admite o redirecionamento da execução fiscal aos sócios que não constam do título executivo, mediante comprovação, por parte da Fazenda Pública, de que eles, na gerência da empresa devedora, agiram com infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, ou de que foram responsáveis pela dissolução irregular da empresa:

7. No caso concreto, não há nenhum indício de dissolução irregular da pessoa jurídica ou da prática de ato ilícito por parte do apelante Homero Lino de Gusmão.

8. O mero inadimplemento das contribuições previdenciárias não basta ao redirecionamento do executivo fiscal em relação ao corresponsável pela gestão empresarial.

10. Portanto, embora conste o nome do sócio na certidão da dívida ativa, não logrou a Fazenda Pública comprovar a prática de ato com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos e tampouco a dissolução irregular da pessoa jurídica de direito privado para justificar a responsabilidade de terceiro.

11. Assim, a sentença deve ser reformada, pois inaplicável a permanência do sócio no polo passivo da execução.

12. Tendo em vista a sucumbência, condeno a União Federal ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 2.000 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, considerando tratar-se de causa exclusivamente de direito, de natureza repetitiva.

13. Agravo legal provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, afastar a ausência de interesse de agir quanto à ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Homero Lino de Gusmão, e aplicar a disposição do art. 515, §3º, do Código de Processo Civil e, no mérito, dar provimento ao agravo legal interposto por Homero Lino de Gusmão, para determinar a sua exclusão do polo passivo da execução fiscal, bem como para fixar os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de julho de 2015.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de agravo previsto no § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil interposto por Gusmão Engenharia e Comércio Ltda. e outro contra decisão de fls. 820/821, que negou provimento à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) “o fundamento utilizado pela decisão ora agravada se sustenta em dispositivos legais da Lei nº 11.941/09 que tangenciam a questão relativa a confissão dos débitos incluídos no parcelamento”;

b) não se manifestou quanto à ofensa ao art. 135, III, do CTN, bem como quanto a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 8.620/93;

c) reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Homero Lino de Gusmão;

d) nulidade da penhora, uma vez que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, essa é ilegal;

e) redução do valor da condenação honorária (fls. 822/843).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Agravo legal. CPC, art. 557, § 1º. Ônus de demonstrar a incompatibilidade da decisão recorrida com a jurisprudência dominante. A parte inconformada com a decisão proferida com base no art. 557 do Código de Processo Civil poderá interpor o agravo de que trata o § 1º. No entanto, a irresignação deve demonstrar que a decisão recorrida encontra-se em desacordo com a jurisprudência existente sobre a matéria. Não basta, portanto, lamentar a injustiça ou o gravame que a decisão do relator encerra. A parte tem o ônus de revelar que essa injustiça e esse gravame não são autorizados pelos precedentes dos Tribunais Superiores ou, conforme o caso, do próprio tribunal:

PROCESSO CIVIL - APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC - AGRAVO REGIMENTAL - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE.

1. O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando:

- a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);
- b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);
- c) prejudicado (questão meramente processual); e
- d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

2. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC).

3. Carece de fundamento o agravo contra aplicação do art. 557, § 1º, do CPC, que não enfrenta diretamente os argumentos que respaldaram a decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp nº 545.307-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.05.04)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. COMBATE ESPECÍFICO. SÚMULA 182/STJ.

1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de 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. Por isso que é inviável, quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada (Súmula 182).

2. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp nº 548.732-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.03.04)

Do caso dos autos. A decisão agravada abordou a matéria discutida pela agravante nos seguintes termos:

Trata-se de apelação interposta por Gusmão Engenharia e Comércio Ltda. e Homero Lino de Gusmão contra a sentença de fls. 748/749, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, pela falta de interesse processual, com fundamento no art. 269, VIII (sic), do Código de Processo Civil, condenando os embargantes ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor dado aos embargos.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) o sócio da executada não optou pelo parcelamento do débito, pois tem interesse em dar prosseguimento aos embargos para demonstrar sua ilegitimidade passiva;
- b) insubsistência da penhora, uma vez que recaiu sobre bem de terceiro e, ao tempo do ato de constrição, o débito já tinha sido parcelado;
- c) desoneração do pagamento dos honorários advocatícios, ou sua redução, observando o princípio da equidade (fls. 765/781).

A União apresentou contrarrazões (fls. 789/797).

Decido.

Parcelamento. Lei nº 11.941/09. Retratação. Inadmissibilidade. Consoante estabelece o art. 5º da Lei nº 11.941, de 27.05.09, a opção pelo parcelamento instituído por essa norma importa confissão irrevogável e irretratável dos débitos em nome do sujeito passivo:

“Art. 5 A opção pelos parcelamentos de que trata esta Lei importa confissão irrevogável e irretratável dos débitos em nome do sujeito passivo na condição de contribuinte ou responsável e por ele indicados para compor os referidos parcelamentos, configura confissão extrajudicial nos termos dos arts. 348, 353 e 354 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e condiciona o sujeito passivo à aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas nesta Lei.”

Por outro lado, o art. 12 da mesma Lei nº 11.941/09 outorgou competência à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para expedir atos necessários à execução dos parcelamentos:

“Art. 12. A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito de suas respectivas competências, editarão, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data de publicação desta Lei, os atos necessários à execução dos parcelamentos de que trata esta Lei, inclusive quanto à forma e ao prazo para confissão dos débitos a serem parcelados.”

Com fundamento nesses dispositivos legais, portanto, revela-se legítimo o disposto no § 8º do art. 1º da Portaria Conjunta da PGFN e RFB nº 3, de 29.04.10, segundo o qual a manifestação do contribuinte sobre a inclusão dos débitos nas modalidades de parcelamento para as quais tenha feito opção é irretratável:

“Art. 1º O sujeito passivo que teve deferido o pedido de parcelamento previsto nos arts. 1º a 3º da Lei Nº 11.941, de 27 de maio de 2009, deverá, no período de 1º a 30 de junho de 2010, manifestar-se sobre a inclusão dos débitos nas modalidades de parcelamento para as quais tenha feito opção na forma da Portaria Conjunta PGFN/RFB Nº 6, de 22 de julho de 2009. (...)

§ 8º A manifestação de que trata o *caput* é irretratável e não dispensa o devedor de cumprir demais atos referentes à consolidação das modalidades de parcelamento previstas na Portaria Conjunta PGFN/RFB Nº 6, de 2009”.

Do caso dos autos. A sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito, pela falta de interesse processual, com fundamento no art. 269, VIII (sic), do Código de Processo Civil, condenando os embargantes ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor dado aos embargos (R\$ 47.674,43).

A sentença não merece ser reformada.

Verifica-se dos autos, às fls. 740/741, que a embargante Gusmão Engenharia e Comércio Ltda. aderiu ao parcelamento da dívida, manifestando de maneira expressa a desistência dos embargos e a renúncia ao direito em que se funda a ação, importando na confissão irrevogável e irretratável dos débitos.

Ademais, consta o nome do embargante Homero Lino de Gusmão na CDA (fls. 27/41, 42/54, 55/67, 68/81, 82/94, 95/107), que goza de presunção de certeza e liquidez (CTN, art. 204 c. c. o art. 3º da Lei nº 6.830/80). E o embargante era sócio administrador (fls. 20/22), sendo parte legítima para figurar no polo passivo da execução fiscal.

Os honorários advocatícios foram fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa (R\$

47.674,43), conforme os parâmetros legais (CPC, art. 20, § 3º e 4º).

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem, observando-se as formalidades legais.

Publique-se. Intime-se.

Os agravantes não trazem subsídios que infirmem a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil. O recurso de que trata o § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil deve comprovar que a decisão recorrida se encontra incompatível com o entendimento dominante deste Tribunal ou dos Tribunais Superiores, o que não foi demonstrado.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo legal.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator para o Acórdão):

Trata-se de agravo previsto no § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil interposto por Gusmão Engenharia e Comércio Ltda. e outro contra decisão de fls. 820/821, que negou provimento à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) “o fundamento utilizado pela decisão ora agravada se sustenta em dispositivos legais da Lei nº 11.941/09 que tangenciam a questão relativa a confissão dos débitos incluídos no parcelamento”;

b) não se manifestou quanto à ofensa ao art. 135, III, do CTN, bem como quanto a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 8.620/93;

c) reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Homero Lino de Gusmão;

d) nulidade da penhora, uma vez que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, essa é ilegal;

e) redução do valor da condenação honorária (fls. 822/843).

Às fls. 847/849 o Exmo. Desembargador Federal Relator negou provimento ao agravo legal, sob o seguinte fundamento:

“Do caso dos autos. A sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito, pela falta de interesse processual, com fundamento no art. 269, VIII (sic), do Código de Processo Civil, condenando os embargantes ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor dado aos embargos (R\$ 47.674,43).

A sentença não merece ser reformada.

Verifica-se dos autos, às fls. 740/741, que a embargante Gusmão Engenharia e Comércio Ltda. aderiu ao parcelamento da dívida, manifestando de maneira expressa a desistência dos embargos e a renúncia ao direito em que se funda a ação, importando na confissão irrevogável e irretratável dos débitos.

Ademais, consta o nome do embargante Homero Lino de Gusmão na CDA (fls. 27/41, 42/54, 55/67, 68/81, 82/94, 95/107), que goza de presunção de certeza e liquidez (CTN, art. 204 c. c. o art. 3º da Lei nº 6.830/80). E o embargante era sócio administrador (fls. 20/22), sendo

parte legítima para figurar no pólo passivo da execução fiscal.

Os honorários advocatícios foram fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa (R\$ 47.674,43), conforme os parâmetros legais (CPC, art. 20, § 3º e 4º).

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem, observando-se as formalidades legais.

Publique-se. Intime-se.”

Os agravantes não trazem subsídios que infirmem a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil. O recurso de que trata o § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil deve comprovar que a decisão recorrida se encontra incompatível com o entendimento dominante deste Tribunal ou dos Tribunais Superiores, o que não foi demonstrado.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a situação. Passo a votar.

Com a devida vênia, ousou divergir, em parte, do deslinde dado ao caso pelo ilustre Relator.

A suspensão da exigibilidade da dívida pela inclusão no parcelamento não afasta o interesse processual do sócio que busca reconhecer sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ou seja, afastar sua responsabilidade tributária.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

..EMEN: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO. ADESÃO PELA EMPRESA. DISCUSSÃO EXCLUSIVA SOBRE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE DE AGIR DOS SÓCIOS CONFIGURADO. 1. Cuida-se, na origem, de Embargos à Execução Fiscal ajuizados pelos recorrentes, os quais, na condição de sócios da pessoa jurídica executada, foram incluídos no polo passivo do feito executivo como responsáveis tributários. 2. Em razão de a empresa contribuinte ter aderido ao parcelamento da Lei 11.941/2009, o juízo de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir (fls. 259-261). O Tribunal *a quo* manteve a sentença (fls. 314-319). 3. *A suspensão da exigibilidade pela adesão do contribuinte a parcelamento fiscal não afasta o interesse de agir do responsável que busca discutir unicamente a responsabilidade tributária que lhe é imputada* (REsp 1.234.480/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 30/8/2011). 4. Recurso Especial provido. ..EMEN: (grifei) (RESP 1364121, HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/09/2013 ..DTPB:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PARCELAMENTO. SUSPENSÃO. ART. 793 DO CPC. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. AFASTAMENTO. 1. O art. 793 do CPC inibe o juiz de praticar quaisquer atos processuais quando suspensa a execução - excetuando-se apenas os de urgência -, mas não impede o processamento de embargos à execução, que se constituem como típica ação de conhecimento, de natureza autônoma. 2. A suspensão dos embargos à execução deverá ser decidida pelo juiz caso a caso, de acordo com as particularidades da situação submetida a julgamento. Via de regra, suspensa a execução, determina-se o sobrestamento dos correspondentes embargos do devedor por força do princípio da economia processual, já que a possível extinção da execução pode tornar sem utilidade os atos judiciais praticados nos embargos. Há situações, todavia, em que o prosseguimento dos embargos à execução é aconselhável em razão do mesmo princípio de economia processual. 3. Os presentes embargos à execução foram opostos não pelo devedor originário, mas por responsável solidário, incluído no polo passivo, posteriormente ao ajuizamento da execução, por suposta formação de grupo econômico. Nelas se discute, como questão central, a ausência de formação de grupo econômico e a inexistência de sucessão tributária que justifique a inclusão da embargante no polo pas-

sivo da execução. 4. No recurso de apelação, que se pretende suspender por força da adesão ao parcelamento requerido por empresa diversa, discutem-se temas como cerceamento de defesa e preclusão do direito de discutir a suposta formação de conglomerado econômico, questões estranhas à legitimidade do crédito parcelado. 5. Assim, o fato de estar suspensa a exigibilidade do crédito não afeta nem prejudica as questões centrais discutidas no recurso de apelação que aguarda julgamento na Corte regional, quer porque não foi a embargante quem requereu o parcelamento, quer porque a matéria central tratada nos embargos não está diretamente relacionada à legitimidade do crédito tributário objeto do parcelamento. 6. *Ainda que suspensa a exigibilidade do crédito parcelado, nada impede que a Corte regional, no julgamento da apelação: (a) reconheça o cerceamento de defesa, determinado o retorno dos autos à origem para produção de provas quanto à suposta formação de grupo econômico; (b) afaste a preclusão reconhecida na sentença para se discutir a sucessão tributária; ou (c) no mérito, acolha a ilegitimidade de parte por ausência de solidariedade entre a devedora originária e a embargante, excluindo esta última do polo passivo da execução.* 7. A suspensão dos embargos à execução, portanto, não pode ser justificada no princípio da economia processual, nem encontra amparo no art. 793 do CPC, dispositivo apontado como violado. 8. Recurso especial não provido. ..EMEN: (grifei)
(RESP 1234480, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:30/08/2011 ..DTPB:.)

E, na hipótese dos autos, os agravantes não questionam somente a legalidade do crédito tributário, mas também a responsabilidade tributária do sócio, subsistindo o interesse recursal quanto a este assunto.

Por sua vez, mais adequado do que determinar a anulação do julgado quanto à responsabilidade do sócio, é a aplicação do disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, por analogia, visto que a questão é exclusivamente de direito. Com efeito, o mencionado dispositivo permite que, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal, revertendo a extinção, prossiga na análise do mérito, desde que a causa esteja em condições de julgamento, sendo o caso dos autos.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, expresso na sua Súmula nº 392, no sentido de que a certidão de dívida ativa não pode ser substituída, nem mesmo antes da prolação da sentença em embargos.

Porém, admite o redirecionamento da execução fiscal aos sócios que não constam do título executivo, mediante comprovação, por parte da Fazenda Pública, de que eles, na gerência da empresa devedora, agiram com infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, ou de que foram responsáveis pela dissolução irregular da empresa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. AUSÊNCIA DO NOME DO SÓCIO NA CDA. ÔNUS DA FAZENDA DE COMPROVAR OS REQUISITOS LEGAIS QUE ENSEJAM O REDIRECIONAMENTO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. 1. A desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional sendo apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de dissolução irregular da empresa, que nada mais é que infração à lei. 2. No caso dos autos, a certidão do Oficial de Justiça atesta a não localização do endereço indicado e não que a empresa não mais funciona em seu domicílio fiscal. Essa certidão não é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente. Agravo regimental improvido.
(AGARESP 201301088661, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:26/08/2013 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.052 DO CCB. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O SÓCIO-GERENTE. NOME DO SÓCIO QUE NÃO CONSTA NA CDA. EMPRESA NÃO LOCALIZADA NO ENDEREÇO REGISTRADO. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. (...) 3. O entendimento da Corte regional está esposado com a jurisprudência deste STJ, que consolidou o entendimento de que “a certidão emitida pelo Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, a este competindo, se for de sua vontade, comprovar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, ou ainda, não ter havido a dissolução irregular da empresa”. Precedentes: AgRg no REsp 1200879/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21.10.2010; EDcl no REsp 863.334/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 15/05/2007, p. 265) (...) 5. Recurso especial ao qual se dá PARCIAL PROVIMENTO para afastar a multa do art. 538, parágrafo único. (RESP 201100901220, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/09/2011 ..DTPB:.)

Essa conclusão permanece possível a despeito da declaração de inconstitucionalidade do art. 13, da Lei 8.620/93, pelo Supremo Tribunal Federal, pois ancorada no art. 135 do Código Tributário Nacional.

Em reforço a esse entendimento, o E. Superior Tribunal de Justiça pacificou orientação no sentido de que a execução fiscal pode ser redirecionada ao sócio-gerente no caso em que a empresa deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, nos termos da sua Súmula nº 435:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Uma outra conclusão, a meu ver, é que o ônus da prova do ilícito pelo terceiro (na hipótese do artigo 135, III, do CTN) é do exequente, já que a dívida executada é originalmente dívida da pessoa jurídica de direito privado, revelando-se excepcional a atribuição da responsabilidade a terceiro, a qual advém sempre do exame do caso concreto.

Nesse sentido, confira-se a decisão proferida pela 1ª Seção desta Corte, *verbis*:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE DOS SÓCIOS. PROVIMENTO.

No que tange à exclusão dos sócios do pólo passivo da ação, cumpre dizer que por força de decisão proferida em sede de recurso repetitivo pelo Supremo Tribunal Federal (RE 562.276/PR), foi reconhecida a inconstitucionalidade material do art. 13 da Lei 8620/93. Também restou decidido que o art. 13 da Lei 8620/93 é inconstitucional na parte que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Consoante estabelecido no julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Assim, o pressuposto de fato ou hipótese de incidência da norma de responsabilidade, no art. 135, III, do CTN, é a prática de atos, por quem esteja na gestão ou representação na sociedade, com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos e que tenham implicado,

se não o surgimento, ao menos o inadimplemento de obrigações tributárias.

Ora, ainda que se considere o mero inadimplemento de tributos por força do risco do negócio, bem como o mero atraso no pagamento de tributos, incapaz de fazer com que os sócios com poderes de gestão respondam com seu patrimônio por dívida da sociedade, o mesmo não ocorre quando há dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada por meio de diligência realizada por meio de oficial de justiça, posto que já o descumprimento de deveres por parte dos sócios gerentes/administradores da sociedade (cf. Súmula 475 do STF).

A admissão da corresponsabilidade dos sócios, simplesmente pelo só fato de terem seu nome gravado na CDA, significa reconhecer, ao final, que a CDA é documento dissociado da realidade administrativa ou, por outro lado, decorre do até recentemente aplicado aos créditos tributários-previdenciários pelo art. 13 da Lei 8620/93.

Em conclusão, a falta de pagamento de tributo não configura, por si só, em tese, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária do sócio. É indispensável, portanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa. O sócio deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade apenas na hipótese de restar provado que agiu com dolo ou fraude e exista prova de que a sociedade, em razão de dificuldade econômica decorrente desse ato, não pôde cumprir o débito fiscal (EAG nº 494.887/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, j. 23.04.2008, DJE 05.05.2008).

Embargos infringentes a que se dá provimento.

(Emb. Infringentes 2012.03.99.045702-9/SP, Relator Dês. Federal JOSÉ LUNARDELLI, publ. No DE de 12/01/2012; (grifei)

No caso concreto, não há nenhum indício de dissolução irregular da pessoa jurídica ou da prática de ato ilícito por parte do apelante Homero Lino de Gusmão.

O mero inadimplemento das contribuições previdenciárias não basta ao redirecionamento do executivo fiscal em relação ao corresponsável pela gestão empresarial.

Portanto, embora conste o nome do sócio na certidão da dívida ativa, não logrou a Fazenda Pública comprovar a prática de ato com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos e tampouco a dissolução irregular da pessoa jurídica de direito privado para justificar a responsabilidade de terceiro.

Assim, a sentença deve ser reformada, pois inaplicável a permanência do sócio no polo passivo da execução.

Tendo em vista a sucumbência, condeno a União Federal ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 2.000 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, considerando tratar-se de causa exclusivamente de direito, de natureza repetitiva.

Ante o exposto, ouse divergir, em parte, o ilustre Relator e voto no sentido de afastar a ausência de interesse de agir quanto à ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Homero Lino de Gusmão, e aplico a disposição do art. 515, §3º, do Código de Processo Civil e, no mérito, dou provimento ao agravo legal interposto por Homero Lino de Gusmão, para determinar a sua exclusão do polo passivo da execução fiscal, bem como para fixar os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos acima explicitados.

É o voto vista.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o Acórdão

Sentenças



AÇÃO PENAL

0000770-32.2009.4.03.6119

Autor: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: MILTON SANTOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 17/07/2015

I – Relatório:

Trata-se de ação penal movida pelo MPF por meio da qual postula a condenação de Milton Santos nas penas previstas para o crime de contrabando ou descaminho (na redação original do art. 334, § 1º, c, do Código Penal, ou seja, antes do advento da Lei Federal 13.008/2014) tendo em vista que o réu fora surpreendido expondo à venda e mantendo em depósito 300 (trezentos) maços de cigarros de origem estrangeira.

A denúncia foi recebida (fl. 141).

Foi realizada audiência para oferta de suspensão condicional do processo que resultou inexitosa por ter o MPF retirado a proposta dada a existência de outro processo criminal em seu desfavor.

Houve resposta à acusação (fls. 195 e 196) na qual a defesa advoga que haveria prescrição em perspectiva, pois fluíram seis anos e seis meses até que fosse interrompida a prescrição.

A apreciação da resposta à acusação deu-se por meio de decisão de fls. 201 e 202, tendo sido rejeitado o pleito defensivo.

Foi realizada audiência na qual foram ouvidas testemunhas e no mesmo ato deu-se o interrogatório do acusado (fls. 224-227), tudo gravado em DVD (fl. 227).

Na fase do art. 402 foi determinada a realização de diligência para esclarecimentos de quantos e em que estado estariam outros processos criminais eventualmente existentes contra o réu.

Memoriais do MPF às fls. 251-254, enfatizando estarem demonstradas a autoria e a materialidade aptas a ensejar a condenação por contrabando, pois a importação irregular de cigarros a tal espécie delitiva estaria subsumida.

Memoriais da defesa às fls. 261-264, advogando, em suma, a ocorrência de atipicidade formal (ausência de introdução clandestina dos cigarros no país), material (ausência de lesão significativa ao bem jurídico penalmente tutelado) e prescrição em perspectiva (nem mesmo uma hipotética e injustificável pena mínima em dobro escaparia da prescrição).

II – Fundamentação:

II – A) Preliminarmente:

O feito tramitou sem sobressaltos, inexistindo nulidade ou razão que impeça a cognição do mérito da causa.

II – B) Do mérito:

Inicialmente, cumpre a cognição da autoria e da materialidade para exame da existência de lastro probatório que conforte a narrativa exposta na exordial acusatória.

A autoria foi admitida pelo próprio réu, não havendo controvérsia sobre sua atuação no fato.

Já a materialidade emerge da admissão da conduta e do laudo de fls. 7-9 que discriminou pormenorizadamente os 24 (vinte e quatro) pacotes de cigarro – com 10 (dez) maços cada - apreendidos.

Isso posto, cumpre a cognição da subsunção dos fatos à *fattispecie* emanada do art. 334, § 1º, c, do Código Penal (antes do advento da Lei Federal 13.008/2014), *in verbis*:

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

Formalmente, não há dúvida de que a conduta subsume-se ao tipo penal, vez que o acusado estava comercializando mercadorias que não ingressaram regularmente. Repelida a primeira tese defensiva, portanto.

Já a questão da insignificância da conduta, tal como ventilada pela defesa, também não pode ser acolhida da maneira como advogada.

O interesse em tela não é meramente fiscal. Se o fosse, certamente seria caso de absolvição na medida em que a tributação sonegada na importação de 24 pacotes de cigarros é pífia quando tem-se em vista os R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) adotados como parâmetro recentemente em sede jurisprudencial.

A comercialização de bens que dependem de autorização especial, ou seja, que se submetem a um regime de relativa proibição, consubstancia o crime de contrabando – e não de descaminho – a ferir bem jurídico outro que não apenas o erário, a saber, a saúde pública, a segurança pessoal, etc. No caso dos cigarros, resta evidente que a tutela via criminalização por meio da tipificação como contrabando tem como norte a proteção primeiramente da saúde pública – e secundariamente do interesse fiscal. Portanto, em princípio, a incidência penal seria de contrabando no caso da importação/comercialização de cigarros estrangeiros sem autorização.

Já a comercialização em território nacional de cigarros fabricados para exportação implica em violação de proibição absoluta, igualmente caracterizadora do contrabando, implicando em concorrência desleal ao produto nacional feito para venda doméstica e também prejudicando a coletividade na medida em que implica na ausência de arrecadação devida.

Assim, a comercialização irregular de cigarros importados caracteriza o crime de contrabando – e não de descaminho.

Uma vez que a conduta praticada é subsumível ao tipo penal de contrabando, impõe-se a análise *in concreto* do potencial perigo para a saúde pública. Isso porque a norma proibitiva não é um valor por si só, sendo condição de possibilidade da intervenção penal a constatação de que algum bem jurídico é colocado em risco concreto de lesão, não bastando a conveniência do uso do Direito Penal simplesmente para ratificar uma intervenção administrativa. Como bem percebido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista:¹

Existe um fenômeno relativamente recente, ou seja, a chamada administrativização do direito

1 ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 50.

penal, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes.

É claro que não se desconhece a expansão pela qual vem passando o Direito Penal, sendo bastante interessante a análise de Jesús-María Silva Sánchez² no sentido de que na medida em que as sanções não sejam privativas de liberdade seriam aceitáveis certas relativizações dos fundamentos clássicos penais e processuais penais. Entretanto, tal flexibilização não pode servir pura e simplesmente como uma autorização para uma segunda punição administrativa mediante ameaça de prisão por descumprimento, até mesmo porque a fragmentariedade e a subsidiariedade da tutela criminal restariam esvaziadas. Por isso, mesmo ante a possibilidade ampla de substituição por penas não-corporais, ainda assim a aferição da real potencialidade lesiva a determinado bem jurídico se impõe.

Sobre o ponto são esclarecedoras as palavras de Claus Roxin:³

XI. La subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos

De lo dicho hasta ahora se desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello há de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. -. Por ello se denomina la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida em que el Derecho penal sólo protege uma parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaliza “fragmentaria” del Derecho penal.

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio (sic) de proporcionalidade, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal possibilita las más duras de todas las intromisiones estatales em la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros médios menos duros no prometan tener um éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso com más eficacia um determinado bien jurídico. Por ejemplo, las infracciones contractuales habituales se pueden compensar muy bien mediante la acción civil y medidas de ejecución forzosa, por lo que sería inadecuado intervenir em esos casos com el Derecho penal. Sólo si alguien perjudica mediante engano y com ánimo de lucro a la outra parte de um negocio, el bien jurídico del patrimonio individual se ve menoscabado de modo tan consistente que entra em juego el tipo penal de estafa (§ 263). Aquí hay que ubicar también el problema políticocriminal de la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. Em virtud de la subsidiariedade de la protección jurídicopenal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir uns contravención allí donde uma sanción no

2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 189 e 191.

3 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Tradução da 2ª edição alemã para o espanhol por Diego Manual Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Thomson/Civitas, 2008, p. 65-67.

penal baste para asegurar el fin que persigue. Así sucede sobre todo en caso de delitos que suponen sólo um menoscabo insignificante de bienes jurídicos (cf. los §§ 111 ss. OWiG). Pero también hay que considerar esa posibilidad cuando una conducta, pese a causar um daño a veces considerable, sólo muestra um escasso contenido de desvalor ético; así em el caso de la imprudencia insignificante, que hoy se castiga muchas veces como infracción criminal, su sanción como contravención podría cumplir la misma función de protección, tanto más cuanto que el deber de indemnización civil despliega un considerable efecto preventivo. En otros casos – p. ej. en algunas formas de conductas nocivas para el medio ambiente – los deberes y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentemente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual. También ofrece posibilidades que con mucho no se han agotado aún a efectos de política jurídica la sustitución de soluciones penales por soluciones del Derecho civil. Así tendría pleno sentido – excepto en caso de reincidencia repetida – que los pequeños hurtos en tiendas se compensaran con prestaciones dinerarias al propietario del establecimiento; y para los hurtos en las empresas, en vez de encomendar tales casos a la Justicia penal, se debería disponer de una regulación jurídica para una “justicia en la empresa” de carácter interno, como la que ya se practica hoy – pero sin suficientes garantías jurídicas – en la mayoría de los casos.

A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador. Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso; pero en la práctica hay que negar la inconstitucionalidad mientras el legislador tenga disponibles para infracciones de escasa gravedad penas correlativamente benignas. Y si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones civiles) prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuida además una prerrogativa de estimación. Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación p. ej. del hurto en locales comerciales o en las empresas. Pero de todos modos el concepto material de delito también hace posible en la medida expuesta una crítica legislativa fundada, que es imprescindible para el progreso del Derecho penal.

Não se trata, portanto, de uma análise apenas do montante de eventual prejuízo financeiro, mas de uma análise que envolve se realmente há efetivo risco de lesão a determinado bem jurídico, seja este de ordem patrimonial, seja de ordem moral, de modo que se trata de um crivo pelo qual toda intervenção penal deve passar, independentemente da espécie de interesse juridicamente protegido.

E a real potencialidade lesiva deve ser aferida concretamente, não devendo ser feita a análise abstrata do tipo penal, sob pena de açodadamente ser reconhecida uma inconstitucionalidade indevida, pois é possível que em uma apressada afirmação de que determinado crime viola a subsidiariedade e não se revela tutela realmente necessária ao bem jurídico acabe sendo ignorada a efetiva proporcionalidade da repressão criminal ante a gravidade da conduta especificamente considerada. E é por isso que Pierpaolo Cruz Bottini⁴ aduz que a análise cabe ao magistrado em cada caso, não se podendo determinar *ex ante* a (des)necessidade de determinados tipos penais – aliás, trata-se de posicionamento bastante afinado com a equidade (*epieikeia*) aristotélica que prestigia as nuances do caso concreto e enseja a cognição mediante

4 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 156 e 184.

cotejo dialético entre a abstração normatiza e a concretude dos fatos *sub judice*.

Quando visto o laudo pericial no sentido de que os 24 pacotes de cigarros não eram fruto de falsificação, sendo produtos produzidos e ao que tudo indica consumidos normalmente em outro país, conclui-se que não apresentam risco anormal para os consumidores que não aqueles inerentes ao uso do tabaco, tal como já ocorre em relação aos produtos nacionais em maior ou menor grau. Tratavam-se simplesmente de cigarros paraguaios internalizados irregularmente, sem que se depreendesse qualquer risco para a saúde humana que não os conhecidos males próprios do tabagismo. Ou seja, dadas as circunstâncias concretas do caso, não se vislumbrou um risco que não os típicos da espécie de mercadoria, não tendo o autor colocado a coletividade em situação de maior perigo do que normalmente existe em qualquer comercialização de cigarros.

Nem se diga que havia um pacote que era nacional para exportação (Derby/Souza Cruz), pois um único conjunto de dez maços não é capaz de abalar nem o erário e nem a concorrência nacional, revelando-se absolutamente insignificante.

No mesmo sentido do quanto aqui desenvolvido, veja-se precedente do TRF4:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CIGARROS. CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. DENÚNCIA REJEITADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

Embora se esteja diante de contrabando de cigarros que, ordinariamente, não possibilita a aplicação do princípio da insignificância, o caso dos autos traz a hipótese de ínfima quantidade contrabandeada, revelando-se mínima a lesão à arrecadação fiscal, à saúde pública e à atividade industrial brasileiras, eis porque, em caráter excepcional, deve ser mantida a sentença que rejeitou a denúncia ante a incidência do princípio da insignificância.

(TRF4, RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 5000344-56.2015.404.7004/PR, julgado em 27.05.2015)

Ainda no mesmo julgado são citados vários outros precedentes aqui reproduzidos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. TRANSPORTE DE CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. QUANTIDADE MÍNIMA DE MERCADORIAS. DANO À SAÚDE PÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho considerando (a) o somatório de tributos iludidos (II e IPI), (b) o parâmetro fiscal de R\$ 20 mil, estabelecido pela Portaria MF nº 75/2012.

2. Em se tratando de contrabando, o reconhecimento da insignificância para fins de exclusão da tipicidade não ocorre na seara da ilusão tributária, mas na relevância ou não da prática delituosa para o direito penal.

3. A importação de 160 (cento e sessenta) maços de cigarros não é relevante para o direito penal, pois: a) não representa perigo social; (b) não representa uma conduta de alto grau de reprovabilidade; (c) apresenta grau de periculosidade mínimo; e (d) causaria dano inexpressivo ou nulo à saúde pública, assim como a outros bens jurídicos tutelados pelo tipo penal.

4. Recurso criminal em sentido estrito improvido.

(TRF4, 5007996-67.2014.404.7002, 8ª Turma, dec. un, Rel. João Pedro Gebran Neto, 09/09/2014). (sem grifos no original).

PENAL. RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CIGARROS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA.

1. A introdução ilícita de cigarros estrangeiros ou de cigarros nacionais dirigidos à exportação em território nacional afeta a saúde pública e os consumidores, não autorizando, como

regra, a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Tratando-se, porém, de quantidade de cigarros muito pouco expressiva, de reduzido valor comercial, não se justifica a persecução penal, sendo possível excepcionar a regra e considerar a conduta, do ponto de vista penal, insignificante.

2. Recurso em sentido estrito desprovido.

(TRF4, 5004441-76.2013.404.7002, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Sergio Fernando Moro, juntado aos autos em 26/09/2013). (sem grifos no original).

PENAL. PROCESSO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. QUANTIDADE ÍNFIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.

A importação irregular de mínima quantidade de cigarros de procedência estrangeira, ensejando inclusive dúvida quanto à sua destinação comercial, constitui fato insignificante perante o Direito Penal, em razão de sua mínima dimensão, incapaz de atrair sobre si a incidência da norma penal.

(TRF4, ACR 5005109-57.2012.404.7010, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, juntado aos autos em 27/11/2014).

Em igual sentido, colhe-se julgado do TRF1:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. ART. 334 § 1º, ALÍNEA “c” DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO. CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Não obstante o bem jurídico protegido, relativamente ao contrabando, não seja o mesmo do descaminho, não é caso de se descartar, “a priori” a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese em que o desvalor da conduta não se apresente, ante a sua mínima lesividade, pelo que a conduta não deve ser alcançada pelas normas repressivas de natureza penal.

2. Foram apreendidos na residência do acusado 282 (duzentos e oitenta e dois) maços de cigarros de origem estrangeira (Paraguai), desprovidos de documentação comprobatória da introdução regular no território brasileiro, avaliados em R\$ 282,00 (duzentos e oitenta e dois reais).

3. Afigura-se correta a incidência do princípio da insignificância no presente caso, eis que o bem jurídico tutelado, a saúde pública, não foi afetado de maneira grave e transcendental, não exigindo, assim, a interferência do direito penal.

4. Recurso em sentido estrito não provido.

(TRF1, RSE 0000187-57.2012.4.01.3804, julgado em 04.02.2013)

Veja-se, ainda, no sentido da absolvição, o seguinte aresto do TRF3:

PENAL. DELITOS DOS ARTIGOS 334, §1º, ALÍNEA “B” E 333 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PROVA.

- Tendo o delito cigarros como objeto material, ainda que de venda proibida no país, situação alcinhada pela jurisprudência de contrabando por assimilação, a objetividade jurídica se confunde com a do delito de descaminho, de modo a natureza do delito não encerrar óbice à aplicação do princípio da insignificância, cabendo apurar do requisito referente ao valor dos tributos iludidos.

- PIS e COFINS que são classificados como contribuições, não podendo ser incluídos no valor que serve de referência, porquanto dispõe a norma penal sobre o não-pagamento de “imposto” devido. Incidência da proibição de interpretação extensiva ou analógica “in malam partem” no âmbito penal.

- Caso em que o valor do imposto elidido não ultrapassa o limite estabelecido para a dispensa da cobrança do débito fiscal, permitindo a solução da demanda com a aplicação do princípio

da insignificância.

- Materialidade e autoria dolosa do delito de corrupção ativa que se comprova apenas em relação a designado acusado. Mantida a absolvição do corréu. - Afastada a condenação à reparação de danos.
- Recurso da defesa parcialmente provido.
- Recurso da acusação desprovido.

(TRF3, APELAÇÃO CRIMINAL – 49971, julgamento em 09.06.2015)

O acusado já aceitou e cumpriu os termos de suspensão condicional do processo, vendo extinta sua punibilidade. Portanto, já sofreu o suficiente com o ocorrido, além de ter perdido a mercadoria, algo sentido pelo pequeno comerciante. Nem se diga que a repressão criminal se impõe agora porque o acusado não teria se emendado, mesmo depois de já ter sofrido outra ação penal. Isso porque o fato pelo qual está sendo agora processado não é posterior, mas anterior ao aceite da suspensão condicional do processo, de modo que não serve de parâmetro para afirmar-se que o acusado é renitente ao aprendizado.

Portanto, não havendo no caso dos autos risco algum para a saúde pública, não se justifica o reconhecimento judicial da ocorrência do crime de contrabando, sob pena de tutelar-se a proibição administrativa por si só – como se fosse o fim, ao invés do meio.

Caso se tratasse de um acusado que conduzisse um caminhão cheio de cigarros, então se justificaria a intervenção penal, mas a título de descaminho, caso também em tal situação não fosse comprovado que o produto apresentasse risco anormal para a saúde pública.

Uma vez que não existiu risco algum para a saúde pública, cumpre a análise da residual lesão ao erário.

Sobre o ponto, tem-se que o acusado não realizou qualquer importação, o que já descaracteriza sua conduta como descaminho. Mesmo se fosse aceita a imputação da lesão ao erário ao comerciante, ainda assim a supressão do tributo devido seria muito menor do que os R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) adotados como parâmetro em sede jurisprudencial.

É claro que no caso de futuramente o acusado ser novamente flagrado no comércio irregular de cigarros sua sorte poderá ser muito diferente, pois quem sabe aí sim revelar-se-á necessária a intervenção penal que tem em vista um fato e seu autor, tanto que Claus Roxin,⁵ no sentido oposto ao que tantos sustentam no Brasil, aponta a necessidade de aferição do histórico do autor para absolvição:

Así tendría pleno sentido – excepto en caso de reincidencia repetida – que los pequeños hurtos en tiendas se compensaran con prestaciones dinerarias al propietario del establecimiento [...] (sublinhamos)

Logo, por tudo quanto exposto, neste caso o veredicto é de ABSOLVIÇÃO.

III – Dispositivo:

Julgo improcedente a ação penal ao ABSOLVER O RÉU (art. 386, III, do CPP).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Mogi das Cruzes/SP, 10 de julho de 2015.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

5 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Tradução da 2ª edição alemã para o espanhol por Diego Manual Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Thomson/Civitas, 2008, p. 66.

AÇÃO ORDINÁRIA

0002871-07.2011.4.03.6108

Autores: FRANCISCO DE ASSIS ROCHA E ANTONIA MARIA DE OLIVEIRA ROCHA
Réus: UNIÃO FEDERAL E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOAQUIM E. ALVES PINTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2015

FRANCISCO DE ASSIS ROCHA e ANTONIA MARIA DE OLIVEIRA ROCHA propuseram a presente ação em face da UNIÃO (sucessora da REDE FERRROVIÁRIA FEDERAL S/A – RFFSA) pretendendo indenização por danos materiais e morais, em razão do falecimento do filho da Autora, enteado do Autor, ocorrido em 11/12/1998.

Alegam, em síntese, que no dia 11 de dezembro de 1998, ao brincar sobre os vagões, o menor tocou com a mão nos fios de alta tensão, vindo a sofrer eletrocussão – descarga elétrica de ferrovia, o que o levou a óbito. Diz que restou comprovado na apuração policial que o adolescente faleceu em virtude do acidente ocorrido no pátio da estação ferroviária e devido à eletrocussão. Afirmam que a culpa não pode ser atribuída exclusivamente à vítima, em razão da tenra idade que possuía (treze anos) e que cabia à ré adotar as medidas eficazes de garantia de segurança, visando prevenir acidentes, não só de passageiros, mas também de terceiros. Pede indenização por danos materiais, consistentes no pagamento de pensão mensal equivalente ao valor de um salário mínimo, desde a data do acidente até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade e danos morais correspondentes a 300 (trezentos) salários mínimos.

O feito foi distribuído, originariamente, a uma das varas cíveis da Comarca de Lençóis Paulista/SP.

À f. 64, houve o deferimento da assistência judiciária gratuita e determinação de citação da ré.

A RFFSA manifestou-se às f. 67/68 pleiteando a suspensão do feito, em razão de sua extinção e a intimação da União para assumir o polo passivo da demanda, bem como o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Determinou-se a manifestação dos Autores (f. 76).

A União manifestou-se pela suspensão do feito, intimação dos Autores sobre a habilitação e sua admissão como sucessora da extinta RFFSA, com a consequente remessa dos autos à Justiça Federal (f. 77/78).

Os Autores manifestaram-se em concordância (f. 80), havendo o deferimento do pedido (f. 81).

À f. 84, houve pedido dos Autores para que fosse efetuada a sucessão processual da União.

Deferido o pedido, foi determinada a remessa dos Autos para esta Subseção Judiciária, em face da incompetência absoluta da Justiça Estadual (f. 85/86).

Recebidos os autos, foram ratificados os atos decisórios anteriormente praticados, afastada hipótese de coisa julgada e determinada a intimação da União para apresentar defesa (f. 97).

A contestação foi apresentada às f. 98/107, alegando a União, em preliminar, a ilegitimidade *ad causam*. Não obstante, denunciou à lide a ALL – América Latina Logística do Brasil S/A e alegou a prescrição trienal e quinquenal. No mérito, argumentou que o acidente deu-se

por culpa exclusiva da vítima, que se aventurou ao caminhar por cima dos vagões, logo, não se podendo exigir que a vigilância do local coibisse a arriscada prática, afastando o risco. Pede a improcedência do pedido e, na eventual hipótese de acolhimento, que a indenização seja proporcional, tendo em vista a culpa concorrente. Rechaçou, ainda, o pedido de indenização por danos materiais, uma vez que a vítima não trabalhava, logo, não auferia rendimentos. Juntou documentos (f. 109/125).

Houve réplica (f. 127/136).

A decisão de f. 137/140, afastou as questões preliminares aventadas na contestação e deferiu a denunciação à lide, determinando a citação da litisdenunciada.

Citada, a ALL- AMERICA LATINA LOGISTICA E MALHA PAULISTA S/A ofertou contestação (f. 154/168). Alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva, ao argumento de que é mera concessionária da malha ferroviária e não proprietária do terreno onde ocorreu o dano. Aventou, ainda, a tese de prescrição trienal e, no mérito, sustentou que se houve falha na vigilância, a conduta deve ser imputada à Autora que não exerceu seu dever de zelar pela orientação correta, educação e pela integridade física do filho. Ressalta que em seu depoimento de fls. 41, a própria Autora confessa a negligência, quando afirma que o menor havia saído de casa e ela não sabia do paradeiro dele. Salientou, também, que a vítima tratava-se de adolescente com 13 de idade, portanto, já tinha discernimento para entender que o local era perigoso e inapropriado para brincadeiras. Pede a improcedência do pedido, com fundamento na culpa exclusiva da vítima e diz que não pode ser responsabilizada, invocando, também, a negligência da genitora. Ao final, afirma que não vê possibilidade de indenização por danos morais, pois apesar de o menor ter saído de casa há aproximadamente um mês, os Autores não adotaram qualquer providência, o que demonstra o descaso e abandono do menor, sendo a indenização injustificável. Firme no princípio da eventualidade pede que eventual indenização seja fixada levando-se em conta a culpa concorrente. Juntou documentos (f. 175/210).

A contestação da litisdenunciada foi impugnada às f. 216/223, ao passo que a UNIÃO manifestou-se às f. 224/226.

Nada foi requerido em sede de especificação de provas.

É o relatório. Decido.

Julgo antecipadamente a lide, na forma do artigo 330, inciso I, do CPC, ante a desnecessidade de produção de outras provas.

Inicialmente, é de ser acolhida a alegação de ilegitimidade passiva arguida pela litisdenunciada ALL- AMERICA LATINA LOGISTICA E MALHA PAULISTA S/A.

Quando do pedido de denunciação formulado pela RFFSA, a própria ré informou que a litisdenunciada adquiriu a ferrovia no ano de 2006 e que, atualmente, é a responsável pelo Pátio da Estação Ferroviária de Bauru (vide f. 100).

A litisdenunciada, por seu turno, apresentou contrato de concessão da Ferroban, da qual é concessionária, firmado apenas em 30/12/1998, outorgado por Decreto em 22/12/1998, portanto, após a ocorrência do óbito do filho da Autora.

Desse modo, não há como atribuir eventual obrigação de indenizar à litisdenunciada, que só passou a ser responsável pelo pátio, local dos fatos, após a ocorrência do evento danoso.

Cabe registrar, ainda, que a arguição de ilegitimidade passiva da União e de prescrição já foi afastada na decisão de f. 137/140, em que restou delineado o prazo quinquenal, nos termos do Decreto 20.910/32. A responsabilidade da UNIÃO (RFFSA) é questão do mérito, que passo a analisar.

Consoante relatado pretendem os Autores obter indenização por danos morais e materiais em decorrência do óbito do menor João Henrique de Oliveira, ocorrido em 17/12/1998, no pátio da estação ferroviária de Bauru.

Cumprе destacar, de início, que o serviço de transporte ferroviário tem natureza pública, conforme os termos da Constituição Federal de 1988:

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;

O Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, por sua vez, dispõe que as administrações ferroviárias têm o dever de promover medidas de segurança e educação, nos seguintes termos:

Art. 4º As Administrações Ferroviárias ficam sujeitas à supervisão e à fiscalização do Ministério dos Transportes, na forma deste Regulamento e da legislação vigente, e deverão:

I - cumprir e fazer cumprir, nos prazos determinados, as medidas de segurança e regularidade do tráfego que forem exigidas;

(...)

Art. 12. A Administração Ferroviária deverá implantar dispositivos de proteção e segurança ao longo de suas faixas de domínio.

(...)

Art. 54. A Administração Ferroviária adotará as medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativa destinadas a:

(...)

IV - prevenir acidentes;

Anote-se, outrossim, que a responsabilidade estatal, em regra, é objetiva, desde que se trate de *ações* de seus agentes, quando causarem danos a terceiros, conforme estatui o § 6º, do art. 37, *verbis*:

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

Na responsabilidade objetiva, não se cogita da constatação de dolo ou culpa – pelos atos comissivos de seus servidores, bastando provar-se a ação do agente público, o dano e o nexo de causalidade.

Entretanto, quando nos referimos à *omissão* estatal já estamos perante uma outra espécie de responsabilidade, a subjetiva, que, sabe-se, reclama a prova da culpa (em sentido amplo). Esse posicionamento jurídico tem amparo em nossa doutrina nacional, conforme se extrai da lição de RUI STOCO (Responsabilidade Civil, RT, 1997, 3ª ed, pág. 373):

Em resumo, a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é *quantum satis* para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em favor dos administrados. Em verdade, cumpre reiterar, *a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa*

(ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quanto o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou de modo insuficiente. (...) Quer parecer, contudo, que o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º da Constituição Federal (se a atividade da qual decorreu o gravame for lícita), como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude da *faute du service*).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO tem idêntico entendimento (apud *in* RUI STOCO, obra citada, pág. 374):

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou deficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

No mesmo sentido, ainda, é o escorio de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (Princípios Gerais de Direito Administrativo, Forense, Rio, Vol. II, p. 482-483, *APUD in* RUI STOCO, obra citada, pág. 374):

não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, diz respeito a culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima, em certas circunstâncias, quando não é possível individuá-la e, então, considera-se como causador do dano só a pessoa coletiva ou jurídica. Prefigura-se a culpa no não funcionamento do serviço, se o obrigatório ou na sua má prestação, ou então na sua prestação retardada. Destarte, a responsabilidade deflui do descumprimento da lei que deixou de ser obedecida na conformidade de seu comando. Em desviando-se a prestação do serviço do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo, ou prestando-o com atraso ou de modo deficiente, por falha de sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica e, portanto, do Estado, que, então deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quanto à realização do serviço.

Portanto, no presente caso, em que a morte do adolescente deu-se em propriedade da RFFSA, para que o Estado possa ser responsabilizado, necessária se faz a presença da omissão, além da demonstração do dano, do nexo causal e da culpa.

Não há dúvida sobre a existência do dano, em face da certidão de óbito de f. 15.

Ao exame dos elementos colhidos em investigação policial (f. 16/47), dúvida também não persiste acerca da culpa e do nexo causal.

Conforme se afere do boletim de ocorrências de f. 18/19 e relatório de investigação de f. 21/22, o filho da Autora foi encontrado, caído na plataforma do pátio da Estação Ferroviária, aparentando ter sofrido descarga elétrica.

Realizado exame de corpo de delito necroscópico (f. 28), concluiu-se que João Henrique faleceu em razão de eletrocussão, constatando-se que apresentava queimadura no couro cabeludo de 4 cm, na região parietal central e lesão abrasiva na região frontal, face de nariz, pela entrada de descarga elétrica.

A prova testemunhal, de igual modo, confirma o nexo causal, conforme extrai-se dos depoimentos prestados pelas testemunhas:

Jardes declarou que “na data de 11/12/1998, por volta das 18:00 horas, o depoente e sua companheira Cleonice Pacheco Ribeiro encontravam-se no pátio da Estação Ferroviária da Fepasa, que fica na Praça Machado de Melo, sentados num banco, aguardando o trem que ia para a aldeia indígena Aribabá, quando ouviu um barulho no chão do pátio, e voltando-se para o local de onde viera o barulho, pode perceber que um menino desconhecido encontrava-se caído imóvel; que, o depoente esclarece que a pessoa caída estava do outro lado do pátio, já que a linha férrea passa pelo meio dele; que logo chegou a equipe do resgate, e socorreu aquele indivíduo; [...]” – f. 30.

Cleonice confirmou os fatos relatados por Jardes (f. 31) e Estanislau, que trabalhava na ferrovia, como segurança, na época dos fatos, narrou que “se dirigindo até a segunda plataforma onde a vítima encontrava-se imobilizada, e percebendo que a mesma ainda estava com vida, pediu para que acionassem o resgate, o que foi feito; que, pelo que pode entender, o menino havia subido no vagão, e ao andar pelo mesmo, acabou encostando em fio de alta tensão, levou descarga elétrica muito forte, e foi arremessado ao solo; [...] não sabe dizer como foi que o menino adentrou na Estação, e como o mesmo subiu no vagão;” (f. 33).

Fátima relatou que estava na Estação no dia dos fatos e “em dado momento notou que o menino estava andando por sobre um vagão, e quase que no mesmo instante, o menino escorregou, pois garoava na ocasião, ele agarrou-se num dos fios que estava ao seu lado, para não cair; que, ao agarrar no fio, fez um barulho, e o menino foi arremessado ao chão” (f. 33).

O policial militar, Ramires, contou que, “na data dos fatos encontrava-se de serviço, quando recebeu um comunicado para atendimento de uma ocorrência policial na Estação Ferroviária de Bauru, local onde uma pessoa teria sido eletrocutada; Que, no local indicado, o depoente pode perceber que um menor encontra-se caído no chão, entre as duas linhas, na segunda plataforma ali existente; Que a vítima foi socorrida com vida junto ao PSM local, sendo que os sinais vitais já estavam bem fracos, e aparentava secreção de muco nas vias aéreas, bem como cheiro de queimaduras; Que, pelo que soube posteriormente, o menor havia subido num dos vagões de trem que lá se encontrava estacionado e teria tocado num dos fios de alta tensão existente sobre o vagão; que, posteriormente, ficou sabendo que a vítima havia falecido em razão dos ferimentos; [...]” – f. 35.

Quanto à prova da culpa, o laudo pericial realizado no local dos fatos, atesta que a área onde ocorreu o acidente é limitada somente pelo próprio prédio da Estação Ferroviária no terço frontal; no terço posterior e nos flancos o acesso é livre (f. 64).

Além disso, as testemunhas ouvidas nos autos do inquérito policial afirmaram que, no local do acidente, só havia um segurança; e o próprio segurança (Estanislau) informou que durante o dia (quando ocorreu o acidente) trabalha naquele local apenas um profissional de segurança, aduzindo, ainda, que o número de funcionários, antes quinze, foi reduzido depois da privatização da ferrovia (vide f. 33).

Convencido estou, portanto, de que restou demonstrada a negligência do Estado na prevenção de acidentes na Estação Ferroviária, local em que João Henrique faleceu, uma vez que não garantiu condições de segurança no entorno da via férrea, ao contrário, mantinha apenas

um funcionário responsável pela segurança daquelas dependências e não providenciou outras medidas protetivas, como a colocação de cercas no local.

Nesse passo, uma vez comprovado o dano, o nexo causal e a culpa, evidente o dever de indenizar à parte Autora os danos morais e materiais, graves e irreversíveis, causados pelo infortúnio que resultou na perda de seu filho.

Resta, assim, atribuir a responsabilidade pelo pagamento da indenização e seu *quantum*.

Como visto, à época dos fatos, a Rede Ferroviária Federal era a responsável pela malha ferroviária, cuja concessão à Ferrobán formalizou-se apenas em 30/12/1998, após a morte de João Henrique (vide contrato de concessão às f. 187/210).

Desse modo, fica evidente que a obrigação de indenizar deve recair sobre a UNIÃO.

Nesse sentido, já houve decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE FERROVIÁRIO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DIREITO PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA FERROBAN - CULPA CONCORRENTE - DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS - CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE CAPITAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I – [...]

III - Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da FERROBAN, pois o acidente ferroviário que vitimou o filho da autora ocorreu aos 22.10.1995, quando estava sob administração da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A, a qual foi incorporada pela Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA pelo Decreto nº 2.502/98, sendo que o Edital de que resultou o Contrato de Concessão firmado pela ré FERROBAN aos 30.12.1998 (fls. 611/634) prevê em sua Cláusula 7ª que a RFFSA continuaria como única responsável por todos os seus passivos, a qualquer título e de qualquer natureza jurídica, obrigando-se a indenizar a concessionária os valores que esta venha a pagar, decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da assinatura do contrato de concessão (fls. 601). Exclusão da lide nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios a seu favor, arbitrados em R\$(três mil reais), nos termos do artigo 20 § 4º, do Código de Processo Civil, considerando a causa de extinção do feito, valor que somente deverá ser cobrado nas condições da Lei nº 1060/50 por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita. [...]

TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL : AC 1147 SP 2005.61.16.001147-3. 04/11/2010

Por fim, não há comprovação nos autos de qualquer causa excludente da responsabilidade, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, que pudesse afastar a responsabilidade estatal de indenizar.

Há de se ressaltar, porém que, muito embora do dano sofrido tenha resultado perda irreparável e irreversível para a parte autora, as provas dos autos permitem concluir também pela culpa concorrente dos responsáveis pela vítima, na ocorrência do acidente, no caso os Autores. Com efeito, trata-se de adolescente com apenas 13(treze) anos de idade, sendo certo que o conjunto probatório indica, no mínimo, que agiu com descuido a mãe ao permitir que o filho permanecesse fora de casa por mais de quinze dias, antes dos fatos (f. 41).

Nesse sentido, trago à colação ementas de julgados do E. STJ e do TRF3, em casos de acidentes ferroviários envolvendo menores incapazes, admitindo a existência de culpa concorrente:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO DA TESE. MUTILACÃO

DE MEMBROS POR ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA QUANDO MENOR TENTAVA VIAJAR COMO “PINGENTE”. TRANSEUNTE QUE, POR NEGLIGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO, QUE NÃO CERCOU A LINHA DE TREM, TINHA ACESSO À LINHA FÉRREA. CULPA CONCORRENTE.

1. Mesmo em relação às matérias de ordem pública, para delas conhecer, esta Corte não dispensa o requisito do prequestionamento, conforme remansosa jurisprudência. Incidência das Súmulas nº 282 e 356 do STF.

2. *A jurisprudência do STJ reconhece, em regra, a concorrência de culpa entre a vítima de atropelamento em via férrea e a concessionária de transporte ferroviário, sobretudo quando há constatação de que, em área em que ocorre adensamento populacional, a empresa não adota as necessárias providências para impedir o acesso de transeuntes à linha férrea.*

3. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp nº 882.036/BA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. 17/11/2011, DJe 01/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, CF. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. AUTORA MÃE DA VÍTIMA. FATO LESIVO, DANOS MORAL E MATERIAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. COMPROVAÇÃO. VALORES DAS INDENIZAÇÕES. CONECTIVOS LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa (Art. 37 § 6º).

- Restou comprovado que a filha da autora foi atropelada e morta por composição em via férrea da extinta FEPASA.

- O dano moral é consequência indissociável do fato ora demonstrado e, portanto, a sua constatação independe de perícia.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que: tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização (AgRg no Ag 1217064/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013). À vista de a autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, é possível presumir que a vítima pertencia a grupo familiar de poucas posses, motivo pelo qual cabível a fixação de pensão.

- *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que: tem responsabilidade civil a concessionária de transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea ainda que o acidente tenha ocorrido nas proximidades de estação ferroviária provida de passagem de nível para pedestres, pois, embora tenha havido descuido da vítima ao transitar pela linha férrea, a presença de passagem para transeuntes, por si só, não retira a responsabilidade da concessionária, devendo a empresa manter fechados outros acessos em área urbana, mesmo que clandestinamente abertos por populares, restando caracterizada a culpa concorrente.* Confira-se: REsp 494.183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011; REsp 437.195/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 493; EREsp 705859/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 08/03/2007, p. 158. Demonstrada na espécie a responsabilidade da empresa de transporte férreo pelo evento danoso.

- Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta omissiva da ré (fato danoso).

- *À vista da comprovação de culpa concorrente, a indenização deve ser fixada já com um desconto de em torno de 50% (cinquenta por cento) do que se entende seria devido caso essa circunstância não estivesse presente.*

- Segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. São evidentes e irremediáveis as graves consequências psicológicas e sociais geradas aos pais pela morte de um filho tão jovem. Portanto, a indenização por danos morais no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) se mostra adequada, na medida em que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, já considerada a existência de culpa concorrente, e cumpre os critérios mencionados.

- Dada a ausência de prova do quantum da contribuição da vítima para a renda familiar e considerada a existência de culpa concorrente, com supedâneo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na Súmula 491 do STF, fixo a pensão em $\frac{1}{2}$ (metade) do valor do salário mínimo, a partir do evento danoso até a data em que a falecida completaria 25 anos, idade em que se presume concluiria a sua formação, a partir daí será devido o valor equivalente a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo até a data em que ela completaria 60 anos, visto que essa era a expectativa média de vida da mulher brasileira com idade de 15 anos no começo dos anos 2000, segundo o IBGE. Precedentes do STJ.

- Dado que a pensão fixada tem como base o valor de um salário, deverá ser considerado, quanto às parcelas vencidas, o seu valor na data que deveria ter sido pago e, quanto às vincendas, o seu valor na data do vencimento de cada prestação. Tal providência não caracteriza a indexação vedada em nosso ordenamento jurídico, mas é tão-somente uma forma de adequar a decisão ao comando constitucional inserido no inciso IV do artigo 7º, IV.

- Consoante entendimento firmado no STJ: Não comprovado o exercício de atividade remunerada pela vítima, não procede o pedido de 13º salário (REsp 494.183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011).

- Em relação ao quantum fixado a título de dano moral incidirá correção monetária a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) e no que toca ao montante do dano material incidirá desde a data do evento, a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

- Os juros moratórios, em ambos os casos, incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. Inaplicável o artigo 1º-F da Lei nº 9494/97, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, à vista de que foi declarado inconstitucional “por arrastamento” quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão está pendente de publicação. A correção monetária não incide no último período, porque é fator que já compõe a referida taxa. Precedentes do STJ.

- As partes foram reciprocamente vencidas e vencedoras, porquanto foi reconhecida a culpa concorrente da vítima, o que resultou na redução das indenizações pleiteadas em torno de 50% (cinquenta por cento). Desse modo, à vista do disposto no artigo 21, *caput*, do CPC, as despesas e honorários advocatícios devem ser compensados entre ambas.

- Apelação parcialmente provida.

(TRF3, AC nº 0000510-77.2008.4.03.6122, Rel. Des. Fed. ANDRE NABARRETE, QUARTA TURMA, j. 31/10/2013, e-DJF3 19/11/2013)

É cabível, ainda, a fixação de pensão mensal para a mãe e o padrasto de João Henrique.

Nos termos do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a dependência econômica dos pais em relação ao filho menor falecido é presumida, em especial, quando se trata de família de baixa renda, como no caso dos autos. A propósito, assim dispõe o enunciado da Súmula 491 do STF: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

E, de acordo com a posição consolidada do STJ, a pensão mensal é devida aos pais, na proporção de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, a partir dos 14 anos de idade da vítima, quando se presume que iniciaria a atividade laboral, até os 25 anos de idade. A partir de então, o valor mensal da indenização passa a 1/3 (um terço) do salário mínimo até quando a vítima (o menor) completaria 65 anos idade, salvo se, antes disso, vierem a falecer os beneficiários.

Nesse exato sentido, cotejem-se alguns julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHA MENOR. PENSÃO DEVIDA AOS PAIS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO.

1. Tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização.

2. Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

3. Agravo regimental provido. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, AgRg no Ag 1217064 RJ 2009/0124068-2, Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Julgamento: 23/04/2013, Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA, Publicação: DJe 08/05/2013)

ACIDENTE FERROVIÁRIO - INDENIZAÇÃO -DESCARRILAMENTO DE VAGÕES - VÍTIMA -CRIANÇA ATINGIDA NO QUINTAL DA RESIDÊNCIA - MORTE DE FILHO MENOR QUE NÃO EXERCIA TRABALHO REMUNERADO -FAMÍLIA DE BAIXA RENDA - PENSÃO MENSAL DEVIDA - MÃE - BENEFICIÁRIA - LIMITE DO PENSIONAMENTO - TERMO FINAL - DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 65 ANOS DE IDADE ADMISSIBILIDADE - DANO MORAL DEMONSTRADO - CUMULAÇÃO COM DANO MATERIAL - CABIMENTO - JUROS MORATÓRIOS- INCIDÊNCIA - DESDE O EVENTO DANOSO (SÚMULA 54/STJ)- CORREÇÃO MONETÁRIA -DANO MATERIAL - EFETIVO PREJUÍZO (SÚMULA 43/STJ)- DANO MORAL - DATA DO ARBITRAMENTO (SÚMULA 362/STJ) PRELIMINAR PREJUDICADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pensionamento pela morte de filho menor equivalente a 2/3 do salário mínimo dos 14 anos até 25 anos de idade da vítima, reduzido para 1/3 até a data em que o de cujus completaria 65 anos, se antes não vier a falecer a beneficiária. Precedentes do STJ

(TJ-SP, APL 418685120068260000 SP 0041868-51.2006.8.26.0000, Relator Ferraz Felisardo, Julgamento: 03/08/2011. 29ª Câmara de Direito Privado, 08/08/2011)

Resta, enfim, a apuração do quantum indenizatório do dano moral, que tem por finalidade aproximar-se da justa reparação, observando-se a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, a proporcionalidade à ofensa, bem como a gravidade do dano sofrido, não podendo implicar enriquecimento sem causa, nem valor irrisório.

Na espécie, considerando as circunstâncias do caso concreto, fixo a indenização por danos morais no valor de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), por entender justa no contexto da situação vivenciada nos autos.

Considerando a culpa concorrente, as indenizações pelos danos materiais e pelos danos morais ficam reduzidas à metade (50%), ou seja, a União fica condenada a pagar indenização no período que vai de 14 aos 25 anos de idade da vítima, à base de *metade 2/3 do salário*

mínimo (isto é, 1/3 do salário mínimo) e, a partir de então, mais a *metade de 1/3 do salário mínimo* (ou seja, 1/6 do salário mínimo) até a data em que o menor falecido completaria 65 anos de idade, ou até a data do óbito dos beneficiários, caso faleçam antecipadamente ao termo final da indenização pelo pensionamento. E, pelos danos morais, fica então condenada no pagamento de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Considerando, porém, que o vínculo afetivo entre enteado (falecido) e padrasto não se presume e que os Autores eram casados há menos de dois anos, quando do óbito de João Henrique, a meu sentir, o valor total da indenização - a título de dano material e de dano moral - deve ser rateado proporcionalmente entre os Autores, na razão de 2/3 (dois terços) para a Autora e 1/3 (um terço) para o Autor.

A propósito da proporcionalidade da indenização, veja-se a seguinte ementa:

Desacolhimento - Ação proposta anteriormente por outras partes - Demonstração de relação de parentesco e afetividade entre os autores e a vítima - Preliminar rejeitada. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - Morte da vítima causada pelo preposto da empresa-ré - Fato incontroverso - Autores padrasto e irmãos da vítima - Relação de parentesco e afetividade demonstrada - Procedência da demanda - Inconformismo - Admissibilidade parcial - Dano moral configurado - Quantum indenizatório fixado em R\$ 350.000,00 para o primeiro autor e R\$ 175.000,00 para cada um dos demais autores - Redução para R\$ 100.000,00 para o autor-padrasto e R\$ 50.000,00 para cada autor-irmão (em número de três) - Princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Sentença reformada em parte - Recurso parcialmente provido. Preliminar afastada e recurso parcialmente provido.

(TJSP, APL 1190562320068260000 SP 0119056-23.2006.8.26.0000, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Julgamento: 24/01/2012, 5ª Câmara de Direito Privado, Publicação: 24/01/2012).

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido deduzido na inicial, para condenar a União a pagar aos Autores, a título de danos materiais (pensão), o valor correspondente a 1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, desde quando a vítima teria a idade de 14 anos até quando completaria 25 anos, e a partir daí em 1/6 (um sexto) do salário mínimo, até a data em que o menor completaria 65 anos de idade, se antes disso não vierem a falecer os beneficiários (Autores), bem ainda a pagar o valor de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), a título de danos morais, cabendo 2/3 (dois terços) do total da indenização (pelos danos materiais e morais) para a Autora e 1/3 (um terço) desse montante para o Autor.

Sobre o montante da indenização por danos morais, deverá incidir juros moratórios, a contar da data do evento danoso (STJ, Súmula nº 54), distribuídos da seguinte forma, ao teor do decido na ADI 4357: a) à taxa de 0,5% ao mês, até o dia 10.1.2003, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916; b) à taxa de 1% ao mês, a partir de 11.1.2003, nos termos do art. 406 do Código Civil de 2002, até 28/06/2009; c) pelos critérios estabelecidos no art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, a partir de 29/06/2009 até 25.03.2015; d) à taxa de 1% ao mês, a partir de 26.03.2015, nos termos do art. 406 do Código Civil de 2002.

A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento, na forma da Súmula nº 362 /STJ, e pelos critérios e índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Sobre o valor do pensionamento, são devidos juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação até 28/06/2009 e correção monetária pelos critérios e índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, após deve incidir a norma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, até 25.03.2015, voltando a correr juros de mora de 1% ao

mês a partir de 26.06.2015, mais correção monetária pelos critérios e índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Condeno a UNIÃO ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos Autores, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, §4º do Código de Processo Civil.

JULGO IMPROCEDENTE a DENUNCIAÇÃO DA LIDE e condeno a UNIÃO a pagar honorários advocatícios no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor da ALL- AMERICA LATINA LOGISTICA E MALHA PAULISTA S/A, nos termos do artigo 20, §4º do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita ao reexame necessário (art. 475, I, do CPC).

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Bauru, 20 de agosto de 2015.

Juiz Federal JOAQUIM E. ALVES PINTO

AÇÃO ORDINÁRIA

0008696-26.2011.4.03.6109

Autora: JANAÍNA BALDI CUPPI D'AVILA
Réu: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP
Juiz Federal: MIGUEL FLORESTANO NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/06/2015

Trata-se de ação condenatória ajuizada perante a Justiça do Trabalho por JANAÍNA BALDI CUPPI D'AVILA em face do CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA em que a Autora alega, em apertada síntese, que foi admitida em 14-05-05 para trabalhar na KRAFT FOODS BRASIL S/A na função de técnica de controle de qualidade, haja vista que havia se formado pela UNIMEP em dezembro de 2004 e obtido o diploma em 24-02-05.

Tendo em vista que a formação da Autora foi na área de engenharia de alimentos, afirma que sempre recolheu a anuidade devida ao CREA.

Ocorre que o Réu lavrou uma autuação em 25-08-05 contra a Autora com fundamento na sua omissão em recolher a anuidade ao CRQ.

Diante de tais fatos, postulou a concessão de tutela antecipada com o fito de retirar seu nome (*sic*) da dívida ativa do Réu e, ao final, pugnou pela inexigibilidade do crédito, bem como a condenação do Demandando ao pagamento de danos morais no valor de trinta vezes ao cobrado, além da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O Juízo Trabalhista determinou o envio dos autos ao setor de Distribuição da Justiça Estadual desta Subseção (fls. 56-57) que também se declarou incompetente e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal (f. 60).

A tutela foi concedida às fls. 72/74.

Em sua defesa, o ente fiscalizador afirmou que a situação profissional da Autora estaria irregular, motivo pelo qual fora lavrado o respectivo auto de infração. Apontou que a atuação da Autora ocorre em área especificamente química e que, diante de tal constatação, não poderia deixar de recolher aos cofres do CRQ.

No que toca ao pleito de condenação de danos morais, disse que não há qualquer elemento a fundamentá-lo. Observou que a multa aplicada está adstrita às suas funções fiscalizatórias e que, portanto, não há se falar em abalo psicológico a embasar a condenação em danos morais.

Houve réplica.

Este o breve relato.

Decido.

De algum tempo venho afirmando que é chegada a hora de a mentalidade dos agentes públicos deste país mudar. Estamos passando por um momento histórico em que os brasileiros não suportam mais tanta burocracia e meandros documentais a serem por eles, brasileiros, suportados e obtidos.

Desde a venda de um carro (que atualmente exige o reconhecimento de firma por autenticidade, isto é, com a presença física do vendedor) até o que ocorreu nestes autos são provas de que o Brasil é vítima da burocracia e de um imbróglio jurídico infundável.

Já me convenci, infelizmente, que a minha geração e a dos meus filhos não verão um

país diferente do que é atualmente.

Digo isso porque a lide dos autos me causa uma perplexidade em um patamar semelhante à necessidade de o bom e honesto vendedor do carro ter de gastar tempo e dinheiro para reconhecer sua firma (em detrimento de todos os meliantes que conseguem fazer a transferência de carros furtados e roubados sem saírem de casa, *exemplo que se traz à colação como mera figura ilustrativa, sem qualquer imputação da mesma conduta a quaisquer das partes deste feito*).

Vale dizer: a Autora, munida da mais lídima boa-fé, pois formada em engenharia (*de alimentos*) que trabalha numa indústria *alimentícia* (o próprio nome da empresa refere-se a FOODS) no setor de *produção/engenharia* do empreendimento tem de se submeter a um processo longo, demorado e cheio de percalços para comprovar que recolheu o que devia aos cofres públicos.

Simplesmente não faz sentido.

O Estado (*sim, com letra maiúscula*) deveria ser o primeiro a reconhecer que, para todos os efeitos, toda a presunção milita a favor da Autora e não deveria importuná-la com uma cobrança que, *sem qualquer dúvida é, no mínimo, desarrazoada*.

Se dúvida efetivamente houvesse (*argumento que se levanta apenas por amor à argumentação*), a questão deveria ser resolvida entre as autarquias (CREA e CRQ) que, após decidirem para quem ela deveria recolher, informassem-na acerca do decidido.

Deixar o cidadão, ainda mais aquele munido de completa e absoluta boa-fé, percorrer um verdadeiro calvário para saber qual entidade a ser beneficiada com o recolhimento não se coaduna com os termos do art. 37, *caput*, da CF/88, em especial com o primado da moralidade administrativa.

Despejar tal ônus nas costas do profissional é absolutamente desarrazoado e são atitudes como esta que fazem o chamado custo Brasil ser elevadíssimo.

Sou capaz de afirmar, com uma chance de acerto próxima de cem por cento que, se os entes fiscalizadores fossem mais razoáveis em suas exigências e trocassem informações entre si para delimitar com mais precisão a quem são devidas tantas contribuições discutidas em Juízo, o montante de ingresso em seus cofres aumentaria significativamente.

O profissional, via de regra honesto e trabalhador, preferiria quitar sua dívida com o credor que sabe sê-lo desde o início de sua atividade profissional.

Mas, no Brasil, nada é tão fácil assim.

Com efeito, há inúmeros processos em que as partes ficam discutindo anos e anos para resolver a quem recolher. E, como dito acima, cumpre ao profissional da área, acaso não tenha seu pedido acolhido, ingressar com a ação para ver reconhecida a legitimidade dos pagamentos que fez.

Com base nestes motivos, acrescidos àqueles trazidos à colação pelo d. DR. JOÃO CARLOS CABRELON DE OLIVEIRA (às fls. 72/74) que deve ser dada razão à Autora. Ela é engenheira, sem sombra de dúvida e, portanto, deve ao CREA e não ao CRQ.

No que toca ao dano moral, penso que razão também assiste à Demandante.

Com efeito, como deixei claro acima, é chegado o tempo de o Estado arcar com o ônus de desburocratizar seus meandros e possibilitar ao cidadão a vida de forma mais simples.

A insistência do Réu em querer cobrar da Autora é tão desarrazoada, tão fora de qualquer proporcionalidade, que este Juízo se vê no dever de reconhecer que o transtorno causado à

Demandante foge do que se espera do correto agir da Administração Pública. Não faz qualquer sentido a cobrança feita pelo CRQ.

O tempo e o abalo causado no estado emocional do bom profissional decorrentes da cobrança nitidamente abusiva dão ensejo ao dano e, por consequência, à sua reparação.

Contudo, entendo que o valor pedido (trinta vezes o valor do que havia sido cobrado da peticionária) extrapola o razoável e serviria como artifício para o locupletamento ilícito, de tal sorte que fixo os danos morais em R\$ 10.000,00, por entender que tal quantia é suficiente para ressarcir o sofrimento da Autora e impedir que o Réu continue a atuar de forma desmedida.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS para declarar nulo o débito constante do aviso de cobrança nº 35.363 (f. 320), expedido com fundamento no Termo de Declaração Profissional nº 2.730/294, lavrado em 25-08-05 (f. 22) em desfavor de JANAÍNA BALDI CUPPI D'AVILA.

Condeno o CRQ ao pagamento de danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com incidência do disposto na súmula nº 362 do c. STJ.

Defiro os benefícios da gratuidade de justiça.

Não há condenação em honorários (ante a sucumbência recíproca) e tampouco custas, pois ambas as partes, neste caso, são isentas de seu recolhimento.

P.R.I.

Oportunamente, ao arquivo.

Piracicaba (SP), abril de 2015.

Juiz Federal MIGUEL FLORESTANO NETO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0 0 0 0 2 1 7 - 3 4 . 2 0 1 3 . 4 . 0 3 . 6 3 1 6**

Autor: FLÁVIO ALVES PEREIRA

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL ADJUNTO DE ANDRADINA - SP

Juiz Federal: FELIPE RAUL BORGES BENALI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2015

Cuida-se de ação de conhecimento ajuizada por FLÁVIO ALVES PEREIRA em face da Caixa Econômica Federal - CEF, pelo rito sumaríssimo (JEF).

Em apertada síntese, a parte autora alega que em 21.03.2012 emitiu um cheque no valor de R\$ 650,00, entregando-lhe a um credor (fornecedor de insumos para seu salão de beleza). Este, por sua vez, depositou o cheque numa agência do banco Bradesco, no dia 15.05.2012.

Ao que consta da inicial, o cheque teria sido devolvido pelo motivo nº 49 - insuficiência de fundos, ao passo que o demandante alega que tinha numerário suficiente em conta para arcar com a cártula.

Em razão da não compensação pela CEF, o Banco Bradesco entregou o título ao credor prejudicado, o qual passou a cobrar a parte autora pela ausência de fundos do mesmo, causando-lhe humilhação e transtornos de toda sorte.

Nessa toada, a parte autora imputa à ré a prática de ato ilícito, em razão de que tinha fundos disponíveis para a compensação da cártula, alegando que a devolução indevida dos cheques, sobretudo por força do motivo “sem previsão de fundos”, causou-lhe danos morais, pugnando pela condenação da empresa pública em 40 salários mínimos a título de reparação.

Citada, a CEF apresentou resposta alegando a preliminar da ilegitimidade passiva e, no mérito, a inexistência de qualquer ato ilícito da sua parte, tendo em vista que o equívoco teria sido causado pelo banco remetente, no qual o cheque foi depositado (*in casu*, o Banco Bradesco). Sustenta que procedeu segundo as circulares do BACEN ao devolver o cheque pelo motivo 49 (apresentação nula).

É o relatório do necessário. Fundamento e decido.

PRELIMINARMENTE - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

A preliminar de ilegitimidade passiva alegada pela CEF se confunde com o mérito, já que calcada na inexistência de ato ilícito, e por isso com ele será abordada; cabe aqui também a aplicação da *teoria da asserção*, que preconiza que as condições da ação devem ser analisadas *in status assertionis*, à luz das alegações feitas na petição inicial; após a citação do réu e instrução processual, deve-se privilegiar as extinções com resolução de mérito, atendendo-se à finalidade precípua da jurisdição que é a pacificação social.

Ante o exposto, rejeita-se.

NO MÉRITO**- DA APLICABILIDADE DO CDC NO CASO CONCRETO**

O CDC expressamente abrange os *serviços bancários e financeiros*, segundo o que consta do art. 3º, §2º

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, *inclusive as de natureza bancária*, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Aplicável também o disposto na *Súmula nº 297 do STJ*:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

- DA INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO POR PARTE DA CEF

Considerando o que se produziu na fase de instrução, verifica-se claramente uma preponderância de provas militando em favor da versão apresentada pela CEF.

Hodiernamente, o serviço de compensação de cheques (“Compe”) opera na modalidade digital, havendo a remessa de arquivos eletrônicos com as imagens digitalizadas dos cheques pelos bancos depositários à Câmara de Compensação.

Consoante se vê na defesa da ré, à fl. 20, no dia 15/05/2012 o banco 237 (Banco Bradesco) remeteu à compensação a imagem do cheque em questão, no importe de R\$ 650,00.

O cheque foi devidamente compensado pela Caixa; consoante se verifica no extrato bancário da parte autora (fl. 25 da defesa da CEF), há o débito de R\$ 650,00 em sua conta na data de 15/05/2012, com a descrição “Cheq Comp”.

Ocorre que logo no dia seguinte, em 16/05/2012, o Banco Bradesco incorreu em equívoco e enviou *novamente a mesma imagem* do cheque em questão à câmara da compensação; a imagem foi carregada à fl. 21 dos autos, sendo possível verificar que se trata do mesmo cheque compensado no dia imediatamente anterior.

Diante disso, estranho seria se a CEF anuísse com a repetição da compensação do cheque apresentado no dia anterior e que já havia sido pago, com débito na conta do seu correntista; como era de se esperar, o banco réu, *atuando no melhor interesse da parte autora*, obistou a compensação em duplicidade do referido cheque, devolvendo-o pelo motivo 49.

A prova de tal procedimento correto se encontra no extrato bancário da parte autora. À fl. 25 da defesa da ré verifica-se que no dia 16/05/2012 houve um débito de R\$ 650,00 a título de cheque compensado; *porém, no mesmo dia houve o estorno daquela quantia (crédito de R\$ 650,00)*, com a descrição “Ch Dev M49” (leia-se cheque devolvido *motivo 49*). Ou seja, nenhum valor foi retirado da conta da parte autora em razão da segunda apresentação do mesmo cheque, sendo que o único valor debitado foi referente à primeira apresentação, do dia 15/05/2012.

Além disso, conforme restou provado pela ré em sua defesa, labora em equívoco a parte autora quando afirma que o *motivo 49* diz respeito à devolução por ausência de fundos; apenas os motivos 11 e 12 referem-se à ausência de provisão para pagamento, segundo normativos do BACEN (cópia à fl. 34 da defesa da ré).

O motivo 49, utilizado pela ré na devolução, diz respeito a “remessa nula”; na ausência de uma motivação mais específica para a devolução de cheque apresentado em duplicidade, não há que se acoimar de ilícita a utilização de tal motivo pelo banco réu.

E segundo a prova produzida em audiência, colheu-se do próprio relato da parte autora que o numerário (R\$ 650,00) foi corretamente remetido pela CEF ao banco depositário do cheque (Bradesco); calha transcrever o seguinte trecho do depoimento da parte autora:

(...) Informa que quando ambos [parte autora e credor do cheque] foram a Caixa Econômica Federal foram atendidos por Silvio, que ao saber da história conversou imediatamente com o gerente geral. *Com isto tiraram uma microfilmagem do cheque e constataram que o dinheiro já havia saído da conta e estava no Banco Bradesco em Assis. O autor informa que com estas informações foi até o cartório de notas, autenticou o xerox do cheque, e o fornecedor foi até o banco Bradesco em Assis e informou que o dinheiro estava lá mesmo, em um fundo perdido, não soube explicar aonde exatamente, e aí que conseguiram resolver o problema deste cheque.*

Destarte, se o numerário estava na agência do Banco Bradesco em Assis, em um “fundo perdido”, evidentemente não há que se imputar qualquer falha à ré, já que remeteu corretamente o numerário ao banco “remetente” do cheque; eventual inépcia do Bradesco em creditar adequadamente o valor na conta do credor, deixando-o em “fundo perdido”, não pode ser imputada ao banco réu.

Como se vê, não se pode atribuir à CEF nenhuma *ação ou omissão* pelo ocorrido.

Entretanto, *ainda assim*, a CEF tem responsabilidade perante o consumidor no caso em testilha, consoante passo a fundamentar.

- DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CEF POR ATO DE TERCEIRO INTEGRANTE DA CADEIA DE FORNECIMENTO DO SERVIÇO

O art. 3º do CDC, em seu *caput*, abriga no conceito de *fornecedor* todos aqueles que participam da *cadeia de fornecimento de produtos ou serviços* no mercado de consumo, independentemente de possuírem relação *direta ou indireta, contratual ou extracontratual* com o consumidor.

Diante de uma definição tão ampla, o CDC adota a seguinte técnica para imputar deveres e responsabilidades aos fornecedores:

a) Quando emprega a expressão *fornecedor*, referindo-se ao *gênero*, está imputando deveres a todos os participantes da *cadeia de fornecimento*;

b) Quando utiliza *outras expressões* (como *fabricante, construtor, importador*, etc), está imputando deveres tão somente às espécies nominadas.

Posto isso, deve-se voltar os olhos para os artigos 14 e 18 do CDC, que dispõem:

SEÇÃO II

Da Responsabilidade pelo *Fato do Produto e do Serviço*

Art. 14. *O fornecedor de serviços* responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por *defeitos relativos à prestação dos serviços*, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

SEÇÃO III

Da Responsabilidade por *Vício do Produto e do Serviço*

Art. 20. *O fornecedor de serviços* responde pelos *vícios* de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

O caso concreto pode, a depender da doutrina que se consulte, ser enquadrado como exemplo de *fato do serviço* ou *vício do serviço*, já que é possível argumentar que o dano causado extrapolou a mera expectativa de funcionamento adequado do serviço prestado, causando dano que transborda a mera esfera econômica do consumidor, atingindo a sua integridade

psíquica (= dano moral), caso em que seria subsumível à hipótese de fato do serviço (defeito).

Contudo, como visto acima, independentemente de constituir fato do serviço (defeito) ou vício do serviço, o CDC dispõe que o “*fornecedor*” (*gênero*) responde *objetivamente (independentemente de culpa)* pelos danos causados (arts. 14 e 20 do CDC). E ao empregar o gênero, o Código estatui a responsabilidade solidária de todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço, à luz do que consta do art. 3º do CDC.

Nessa toada, são legitimados a figurar no polo passivo da relação de consumo todos os participantes que integrem a cadeia geradora ou manipuladora de bens e serviços (causa remota da legitimação passiva), por existência de ato ou fato, omissivo ou comissivo, que coloque em risco ou ofenda um direito do consumidor de tais bens e serviços (causa próxima da legitimação passiva).

Não é o outro o entendimento do STJ. Pela pertinência ao tema sob análise, cabe transcrição de trecho do voto do relator do REsp 1364915/MG (STJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013):

A acepção de “fornecedor” constante do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor é ampla, de modo que maior número de relações de consumo admitam a aplicação do referido Codex, pois, inclusive por determinação constitucional, importa mais a presença do consumidor na relação de consumo, e não quem vem a ser a sua contraparte, *verbis*: “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” *Se é ampla a abrangência da acepção de “fornecedor”, ampla também é a solidariedade dos partícipes do ciclo de produção. Ocorre que a oferta e a colocação de produtos e serviços no mercado pressupõem, em regra, a atuação de mais de um fornecedor, de maneira que o sistema de responsabilidade civil objetiva precisa alcançar todos os que, direta ou indiretamente, atuem na “atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.*

Bem verdade, a fim de que não restem dúvidas, veja que *não se está aqui argumentando pela solidariedade em razão da existência de mais de um causador do dano*; esta causa ensejadora da solidariedade encontra-se prevista nos arts. 7º, parágrafo único e 25, §1º do CDC, assim redigidos:

Art. 7º (...) Parágrafo único. *Tendo mais de um autor a ofensa*, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 25 (...) § 1º *Havendo mais de um responsável pela causação do dano*, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores.

No presente caso, consoante se abordou no primeiro tópico na análise do mérito, *restou devidamente provado que a CEF não concorreu para a causação do dano*. Assim, os artigos 7º e 25 não são base jurídica adequada para se estender responsabilidade para o banco estatal neste caso.

Entretanto, ainda que ciente do vício da tautologia, repise-se que a responsabilidade solidária da CEF se dá pelo emprego pelo código consumerista da expressão genérica *fornecedor*, contida no *caput* dos arts. 14 e 20 do CDC, no que consagrou, segundo leitura feita por

doutrina e jurisprudência, o *princípio da responsabilidade solidária dos partícipes da cadeia de fornecimento*, seja caso de responsabilidade por fato ou por vício do serviço, hipótese em que o nexo de causalidade é satisfeito pelo simples fato do demandado integrar a referida cadeia de produção.

Há jurisprudência reiterada do STJ acerca da solidariedade dos integrantes da cadeia de serviços:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VÍCIO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. “BANDEIRA” DO CARTÃO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ilidir os fundamentos da decisão agravada.

2. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, o art. 14 do CDC estabelece regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as “bandeiras”/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos e as administradoras de cartão de crédito pelos danos decorrentes da má prestação de serviços.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 596.237/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 12/02/2015)

Mutatis mutandis, entendo que o fornecimento de talonário de cheques ao correntista está compreendido no fornecimento do *serviço bancário* prestado pela CEF à parte autora. E este serviço bancário (o “cheque”) tem uma sua “cadeia de fornecimento” integrada por *diversos fornecedores que atuam de forma conjunta*, previstos na Carta-Circular nº 3.411, de 26 de agosto de 2009 do Banco Central, tais como o banco “remetente” do cheque (que o envia à *Compe*), o banco “destinatário” (banco do emissor do cheque) e até mesmo o Banco do Brasil S/A (“executante” da compensação).

O fluxo desse serviço bancário se inicia com o fornecimento do talonário ao correntista e só se completa, evidentemente, com a devida compensação do cheque emitido. Assim, resta claro que tanto o banco do emissor do cheque (neste caso, a CEF) quanto o banco remetente do cheque á câmara de compensação *integram a mesma cadeia de fornecimento do serviço bancário em questão*, pelo que ambos, pela dicção dos arts. 14 e 20 do CDC, respondem *solidariamente* pelos danos causados aos consumidores.

Também não cabe aqui invocar a cláusula excludente prevista no art. 14, §3º, inc. II do CDC, tendo em vista que o “fato de terceiro” lá indicado deve ser lido em consonância com o *caput*, a revelar um “terceiro não fornecedor”; no presente caso, ainda que não tenha concorrido diretamente para o dano, o ato de terceiro que o causou foi perpetrado por fornecedor que integra a mesma cadeia de fornecimento em que se encontra situada a ré, pelo que recai indubitosa a responsabilidade solidária do banco, consoante já extensivamente exposto.

Ressalte-se ainda que são *direitos básicos* do consumidor a *facilitação da defesa de seus direitos* (art. 6º, inc. VIII) e a *efetiva reparação dos danos* (art. 6º, inc. VI, ambos do CDC). É sob essa luz que se deve ler o contido no art. 14 e 20 do Código, já que o intuito do legislador foi facilitar a efetiva reparação do dano sofrido, impondo ao fornecedor do serviço o seu ressarcimento mediante eventual ação de regresso.

Por fim, destaque-se a peculiar dificuldade experimentada pela parte autora no caso concreto, que ajuizou previamente ação em face do *Banco Bradesco* buscando reparação por tais fatos; ocorre que aquela ação foi extinta sem julgamento do mérito por ilegitimidade de parte (fl. 19 da petição inicial), mas o Juízo Estadual assim procedeu *em razão da resposta ERRÔNEA da CEF ao ofício enviado pelo Juízo (fl. 18 da exordial)*, já que informou ao Juiz Estadual que o cheque não havia sido compensado pela CEF (fl. 18); como se vê agora, tratava-se de informação equivocada, já que o cheque foi devidamente compensado na primeira apresentação (dia 15), e posteriormente recusado por apresentação em duplicidade (remessa nula - dia 16), e a omissão desse fato acabou induzindo a erro o Juízo Estadual, que decidiu pela inexistência de legitimidade do Bradesco, já que a CEF é quem não teria compensado o cheque.

Evidentemente, a teleologia protetiva do Código de Defesa do Consumidor não compactua com esse “jogo de empurra” entre os fornecedores; ao revés, preconiza uma pronta e justa indenização ao dano causado pelos corresponsáveis, cabendo a eles posteriormente, se assim lhes aprouver, resolver entre si o ônus de cada um mediante ação de regresso; na espécie dos autos, não se pode deixar de ponderar que a resposta enviada à CEF à Justiça Estadual colaborou para impedir que o Banco Bradesco fosse responsabilizado naquela Justiça, fato esse que não pode, em última análise, vir a prejudicar o consumidor no presente momento.

DA AQUILATAÇÃO DO DANO MORAL

O evento retratado nos autos não se consubstancia em simples dissabor cotidiano, aborrecimento ordinário ou episódio ínsito à vida em sociedade; não se compreende que a *devolução indevida de um cheque perante um credor*, quando o emissor tinha saldo suficiente para quitação do mesmo, esteja inserido no conceito de “mero contratempo, mágoa ou excesso de sensibilidade”; trata-se, sim, de fato que tem o condão de interferir intensamente no bem-estar psíquico do homem médio, acarretando-lhe abalo moral, angústia, sofrimento e humilhação perante terceiros, que não pode remanescer indene de reparação.

No processo de aquilatação do montante devido a título de reparação por danos morais, o juiz deve se atentar para a qualidade do dano, o prejuízo causado, a capacidade econômica das partes e o efeito pedagógico.

Atento a tais vetores, considero que o impacto sofrido pelo demandante foi de intensidade mediana; embora tenha passado por grave constrangimento perante o fornecedor (presunção *in re ipsa* inerente ao fato “devolução indevida de um cheque”), a prova dos autos revelou que o credor se mostrou compreensivo, inclusive acompanhando o demandante à agência da CEF e do Bradesco no intuito de resolverem juntos o problema; alia-se ao fato de que não houve restrição creditícia em nome do demandante.

Pontuo que a alegação de que o autor teria sido chamado de “burro” pela preposta da CEF foi inaugurada em sede de réplica à contestação, e veio vazia, sem respaldo nas provas amealhadas nos autos eletrônicos. Não houve sequer menção de tal fato pela parte autora em seu depoimento.

No mais, não considero justo aumentar o valor da indenização a pretexto de efeito pedagógico, já que a condenação da CEF não se baseia em qualquer ilícito por ela praticada, e sim pelo simples fato de integrar juntamente com o Banco Bradesco (aparentemente, o único causador do dano) a mesma cadeia de fornecimento do serviço em questão.

Assim, considero que o montante de R\$ 3.000,00 é suficiente a reparar adequadamente o dano experimentado pelo demandante e compatível com as circunstâncias do caso concreto.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Consoante decidido pela Corte Especial do STJ (EREsp 727.842, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 20/11/2008), “atualmente, a *taxa dos juros* moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - *SELIC*, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/2002)”.

Ainda, no julgamento do REsp 1.102.552/CE, a Primeira Seção do STJ reafirmou sua jurisprudência no sentido de que a incidência de juros moratórios, com base na variação da *taxa SELIC*, *não pode ser cumulada com a aplicação de outra taxa de juros moratórios e nem com outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem, dada a natureza híbrida da SELIC*.

Não há maiores dificuldades em se harmonizar os entendimentos consignados acima no caso de responsabilidade civil contratual (de obrigação ilícita), já que a correção monetária incide a partir do *prejuízo* (Súmula 43 do STJ) e os juros de mora fluem a partir da *citação* (art. 397, parágrafo único e 405 do CC, combinados com o art. 219 do CPC). Assim, aplica-se um índice de correção monetária (geralmente o IPCA-E) *desde o prejuízo até a citação*, momento a partir do qual o índice é *substituído* pela SELIC, cuja natureza híbrida, como visto, abrange juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice sob pena de *bis in idem*.

Entretanto, a dificuldade surge no caso da responsabilidade civil extracontratual, mormente no que tange à atualização dos danos morais.

É que, nesse caso, os *juros moratórios* tem por termo inicial *a data do evento danoso*, segundo dispõem a Súmula 54 do STJ e o art. 398 do CC:

STJ - Súmula 54: Os juros moratorios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Art. 398 do CC: Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Noutro giro, no que tange à *atualização monetária*, a Súmula nº 362 do STJ preconiza que “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide *desde a data do arbitramento*”.

Ou seja, há uma inversão à situação anteriormente exposta: os juros moratórios passam a correr desde momento anterior (data do evento danoso) ao próprio termo inicial da correção monetária (data do arbitramento na sentença).

Assim, caso se admita que a taxa de juros estabelecida pelo CC/2002 é mesmo a SELIC, e que sua natureza híbrida abrange juros e correção monetária, apenas duas possibilidades se descortinam:

a) Aplicar a variação da taxa SELIC desde a data da citação sobre o valor de danos morais fixado na sentença; ocorre que ao assim se proceder estar-se-á *premiando* o credor dos danos morais, pois estará sendo embutida correção monetária indevida (entre a data da citação e a data do arbitramento dos danos morais);

b) Aplicar a taxa SELIC sobre o valor de danos morais fixados na sentença, apenas dali em diante; ocorre que ao assim se proceder estar-se-á *penalizando* o credor dos danos morais, que ficará privado dos juros moratórios entre a data da citação e a data da sentença;

Nenhuma das situações se mostra adequada, e essa perplexidade não passou despercebida pelo e. STJ. Embora já tenha debatido exaustivamente a questão, aquele Sodalício decidiu pela nova afetação da matéria à Corte Especial, estando a questão pendente de julgamento no REsp 1.081.149. Pela pertinência, transcrevo trecho de matéria que aborda o voto do Ministro Relator:

Para o ministro Luis Felipe Salomão, já que a taxa Selic engloba juros moratórios e correção monetária em sua formação, sua incidência em dívidas civis pressupõe a fluência simultânea de juros e correção, fato que não ocorre em indenizações civis (Súmulas 54 e 362).

Assim, defende o ministro, é necessário harmonizar a aplicação da Selic com as Súmulas 54 e 362 do STJ, que estabelecem a contagem de juros e de correção monetária em períodos distintos.

Tese

Luis Felipe Salomão reconhece que a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional é a Selic, mas entende que sua aplicação em dívidas civis não constitui “diretriz peremptória incontornável prevista no Código Civil”, sendo apenas um parâmetro a ser adotado na falta de outro específico previsto para determinada relação jurídica, como, por exemplo, o que há para dívidas condominiais (artigo 1.335, parágrafo 1º, do Código Civil).

(...)

Proposta

Com base no Enunciado 20, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, o ministro propõe que o STJ adote a utilização de *índice oficial de correção monetária* ou tabela do próprio tribunal local, *somado à taxa de juros de 1% ao mês (ou 12% ao ano)*, nos termos do artigo 161 do Código Tributário Nacional. O referido enunciado dispõe que “a taxa de juros moratórios a que se refere o artigo 406 é a do artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês.

O mesmo enunciado, que possui caráter orientador da interpretação dos artigos, dispõe que a utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do artigo 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o artigo 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% ao ano.

Independentemente de questionamento acerca do acerto ou desacerto da adoção da Selic como taxa de juros a que se refere o artigo 406 do Código Civil, *o fato é que sua incidência se torna impraticável em situação como a dos autos, em que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula 54) e a correção monetária em momento posterior (Súmula 362)”, destaca o ministro em seu voto.*

(Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-18/ministros-stj-divergem-aplicacao-selic-indenizacoes-civeis>>, acesso em 04.03.2015, grifos inéditos).

Ante o exposto, nos termos das Súmulas 54 e 362 do STJ e do voto noticiado acima do insigne Ministro Luis Felipe Salomão, o valor ora fixado de danos morais deve ser acrescido de *correção monetária pelo IPCA-E (manual de cálculos da Justiça Federal, item condenatórias em geral)*, bem como de *juros moratórios no importe de 1% ao mês, sem capitalização, contados a partir do evento danoso* (data 16/05/2012).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, resolvo o mérito nos termos do art. 269, inc. I do CPC, e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, CONDENANDO a ré ao pagamento de *R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos morais*, com atualização monetária e juros de mora nos termos da fundamentação.

Sem custas e honorários (art. 55 da Lei nº 9.099, de 26.09.95).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juiz Federal FELIPE RAUL BORGES BENALI

AÇÃO PENAL

0001688-15.2013.4.03.6113

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FRANCA - SP
Juiz Federal: EMERSON JOSÉ DO COUTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/05/2015

Cuida-se de ação penal ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA, brasileiro, solteiro, comprador, filho de João Gonçalves Filho e Célia Eurípedes Rejane Gonçalves, inscrito no CPF sob nº 297.157.878-00 e portador do RG nº 32.695.502-SSP/SP, nascido no dia 23/07/1981, residente e domiciliado na Rodovia Ronan Rocha, Condomínio Arco-Íris, Chácara nº 17, em Franca (SP), pela prática da conduta tipificada no artigo 312, *caput*, *in fine*, c. c. 327 ambos do Código Penal.

Inicialmente, a denúncia imputou a conduta de recusar a restituir e desviar, dolosamente, em proveito próprio ou alheio, 03 (três) balancins, penhorados para garantia de execução fiscal em trâmite perante a JUSTIÇA FEDERAL e dos quais era depositário judicial.

Distribuída a ação à 3ª Vara Federal de Franca (SP), o Juiz Federal Titular da Vara declarou seu impedimento, com fundamento no artigo 252, II, do Código de Processo Penal. (fls. 77). Em decorrência disso, o Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO designou outro Juiz Federal em substituição ao juiz impedido. (fls. 80).

Denúncia recebida em 23/07/2013 e requisitadas as folhas de antecedentes e respectivas certidões. (fls. 81)

Citado pessoalmente, (fls. 82-83), o réu apresentou resposta escrita por meio de advogado constituído em 05/09/2013 e juntou documentos. (fls. 85-92). Postulou sua absolvição afirmando que não desviou os bens de que era depositário fiel e nem recusou a apresentação. Justificou que os bens não mais estavam em sua posse, porquanto removidos pela Justiça do Trabalho. Assim, não promoveu desvio dos bens, mas apenas cumpriu decisão de outro juízo, de modo que sua conduta jamais poderia ser considerada criminosa.

Por despacho de fls. 97 foi determinada a intimação do titular da ação penal.

À vista da resposta do acusado, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requereu o aditamento da denúncia (fls. 106-111), porquanto reconheceu que dois balancins (nº 01819 e 01781) efetivamente foram penhorados pela Justiça do Trabalho e que na data de intimação do réu para apresentação à Justiça Federal haviam sido removidos para outro depositário, em cumprimento a decisão da Justiça do Trabalho.

No entanto, ressaltou que o réu efetivamente se recusou a restituir à Justiça Federal e desviou em proveito próprio ou alheio, 01 (um) balancim (nº 03172) que lhe foi deixado em confiança, na condição de fiel depositário judicial em ação de execução fiscal, promovida pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL).

Constou do aditamento da denúncia que o réu recusou-se a apresentar à Justiça Federal o balancim de nº 03172, aduzindo falsamente que o mencionado bem teria sido objeto de penhora e arrematação em outro processo judicial, de natureza trabalhista. Salientou, ainda, que a Justiça do Trabalho informou que, apesar de ter penhorado o balancim nº 03172, o bem não foi arrematado, porque nem sequer foi localizado.

Assim, concluiu a acusação que o réu desviou o balancim nº 03172, do qual tinha a guarda na condição de Auxiliar da Justiça, razão pela qual pediu a sua condenação como incurso nas sanções do crime de peculato-desvio, descrito no artigo 312, *caput, in fine*, c. c. o artigo 327, ambos do Código Penal.

Intimada, a defesa apresentou *nova* resposta à acusação, destacando, *preliminarmente*, que o aditamento da denúncia ofenderia princípios constitucionais e, portanto, acarretaria nulidades. Afirmou, ainda, que a imputação do fato seria imprecisa, impossibilitando-o de exercer a ampla defesa e o contraditório, porque de aditamento não se trataria, mas, sim, de outra acusação.

Quanto ao mérito, sustentou que o auto de penhora e depósito não descreveu o número dos balancins efetivamente penhorados. De todo modo, alegou que a penhora recaiu sobre os balancins de nº 01819, 1781 e 5057, os quais foram penhorados e removidos pela Justiça do Trabalho.

Aduziu, também, que o balancim de nº 03172 somente foi mencionado no auto de avaliação, mas que foi devolvido ao seu legítimo proprietário, por se tratar de bem alugado. Portanto, afirmou que não estava na posse dos balancins penhorados, por motivo de remoção pela Justiça do Trabalho e da devolução do balancim 03172 ao respectivo proprietário. Concluiu que não cometeu crime algum, porquanto justificada a impossibilidade de apresentação dos balancins penhorados pela Justiça Federal.

Absolvição sumária rejeitada e designada audiência de instrução. (fls. 119). Na audiência, foram ouvidas cinco testemunhas e o réu foi interrogado, ocasião em que sustentou que informou ao Oficial de Justiça da Justiça Federal que os balancins penhorados não eram de sua propriedade.

Ao final da audiência nada foi requerido na fase do art. 402 do CPP e foi concedido às partes o prazo de 05 (cinco) dias para apresentarem alegações finais.

Razões finais da acusação, em que postulou a condenação do réu na forma da denúncia (fls. 142-148).

O réu não ofereceu suas alegações finais no prazo marcado.

Outro magistrado foi designado para atuar, em face da remoção do anterior. (fls. 158)

Conclusos os autos para sentença e antes de sanar a falta de alegações finais da defesa, o feito foi convertido em diligência, com abertura de vistas ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, que o devolveu sem manifestação.

Em seguida, foi proferida decisão, na qual o douto Magistrado Oficiante asseverou que “em tese, sempre em tese” a conduta imputada ao réu poderia se amoldar ao crime de “fraude à execução” (art. 179, do Código Penal), razão pela qual determinou a remessa dos autos ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para o fim de dizer sobre o “cabimento de transação penal ou suspensão condicional do processo”. (fls. 161-164)

Manifestação do Ministério Público Federal pela impossibilidade de oferta de transação penal ou da suspensão do processo, em razão dos antecedentes criminais do acusado. (fls. 184).

Dada a promoção do Juiz Federal anteriormente designado, determinei, no período em atuei, em substituição, na 3ª Vara Federal, a expedição de ofício ao Egrégio Conselho da Justiça Federal da 3ª Região para indicação de outro magistrado, dado o impedimento do Juiz Titular da vara e a vacância do cargo de juiz federal substituto na mencionada vara.

O Egrégio Conselho me designou para atuar neste caso. Ao assumir o processo, ordenei a intimação do advogado de defesa constituído para apresentar razões finais.

A defesa técnica apresentou as alegações finais em que repisou as teses já deduzidas na resposta à acusação e pugnou pela absolvição. (fls. 189-191).

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

Fundamento e decido.

PRELIMINARMENTE

Inicialmente, destaco que a instrução do processo foi concluída por juiz diverso, o qual foi removido para outra Subseção da Justiça Federal, de modo que não há qualquer impedimento legal para que eu profira a sentença, nos termos do artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao Processo Penal, por força do artigo 3º do Código de Processo Penal.

De fato, é entendimento jurisprudencial uníssono do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que “o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, devendo ser mitigado sempre que a sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução criminal seja correlata com as provas produzidas pelo magistrado que a conduziu”. (STF, HC 110404).

Consigno, também, que a prova oral foi colhida em sistema de gravação audiovisual. Ouvi todos os depoimentos e não vejo a necessidade de serem repetidos e nem de se produzir quaisquer outras provas.

Ademais, verifiquei que o processo foi conduzido com observância irrestrita dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV), não havendo nulidade a ser pronunciada ou mesmo sanada.

Também não prospera a tese defensiva de nulidade processual por suposta imprecisão da denúncia. Isso porque a inicial acusatória (fls. 74-75) imputou ao réu a conduta de se negar a restituir e desviar, em proveito próprio ou alheio, *três* balancins que lhes foram entregues em confiança, na qualidade de depositário judicial em execução fiscal que tramita perante a 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Franca (SP).

A petição de aditamento à denúncia (fls. 106-111), de sua vez, não inovou, ampliou ou alterou a acusação. Ao contrário, a douta Procuradora da República apenas explicou, com mais pormenores, a forma como os fatos reputados criminosos se deram e, ainda, reduziu a acusação formulada contra o réu, porquanto ao invés de imputar-lhe o desvio de *três* balancins, reconheceu que o réu desviou e se recusou a restituir à Justiça Federal apenas um balancim, o de número 03172.

Não há, também, se falar em inépcia da denúncia.

Com efeito, a peça acusatória cumpriu satisfatoriamente o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, porquanto expôs claramente o fato tido por criminoso (desvio e recusa de restituição de coisa móvel alheia), com todas as suas circunstâncias; isto é, esclareceu que o réu recebeu licitamente a coisa em depósitos judicial e que, posteriormente, se recusou a restituí-la e a desviou em proveito próprio ou alheio. Também delimitou o objeto que foi desviado e trouxe a qualificação completa do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

Assim, está claro que o réu não teve qualquer dificuldade de compreender o teor da acusação, de exercer plenamente sua defesa e de contrapor-se aos fatos que lhes foram imputados.

Vale realçar, ainda, que o aditamento da denúncia pode ser feito antes da sentença, porquanto é dever da acusação suprir omissões e, até mesmo, alterar a imputação se, ao fim da instrução, entender cabível nova definição jurídica do fato, conforme claramente dispõem os artigos 384 e 569, ambos do Código de Processo Penal:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o *Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa*, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (destaquei)

Art. 569. *As omissões da denúncia ou da queixa*, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, *poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final*. (destaquei)

No caso, o Ministério Público Federal, depois de intimado para falar sobre a resposta preliminar e documentos juntados pela defesa, aditou a denúncia simplesmente para trazer maiores dados acerca do objeto do ilícito e reduziu, *em benefício do réu*, a acusação, porquanto reconheceu que houve o desvio e a recusa de restituição de apenas um balancim e não de três.

Ademais, o aditamento da denúncia foi feito antes da conclusão da instrução criminal, não houve agravamento ou alteração da imputação e ao réu foi dado novo prazo de 10 (dez) dias para apresentar resposta à acusação (fls. 112) e a defesa técnica ofereceu nova resposta (fls. 114-117). Somente depois disso é que foi proferida a decisão que afastou a possibilidade de absolvição sumária. E, posteriormente, realizou-se a audiência de instrução e as partes apresentaram as razões finais.

Portanto, não há dúvida que inexistiu qualquer cerceamento do direito de defesa ou afronta ao princípio do contraditório.

Não fosse o bastante, o réu não demonstrou qualquer prejuízo efetivo à sua defesa em razão do aditamento da denúncia, o que também justifica a rejeição da alegação de nulidade processual, em face do princípio geral de Direito Processual Penal *pas de nullité sans grief*:

O princípio *pas des nullités sans grief* – corolário da natureza instrumental do processo (art. 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”) – impede a declaração da nulidade se não demonstrado o prejuízo concreto à parte que suscita o vício, como na hipótese sub examine. (STF, HC 107882).

Assim, com fundamento nos artigos, 41, 384, 563 e 569, ambos do Código de Processo Penal, rejeito a alegação de inépcia da denúncia e de nulidade do processo.

MÉRITO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL imputou ao réu, de forma objetiva, a conduta de desviar, em proveito próprio ou alheio, um balancim (balancim 03172) que lhe foi dado em confiança, na condição de depositário judicial, bem como que, regularmente intimado, não restituiu o mencionado bem à Justiça Federal.

Acrescentou, ainda, que a conduta foi dolosa, porquanto o acusado justificou a recusa de entrega na alegação de que o bem teria sido removido por ordem da Justiça do Trabalho, fato que não ocorreu, porquanto a própria Justiça Trabalhista esclareceu que o bem (balancim 03172) apesar de efetivamente penhorado, não foi arrematado ou removido, porquanto no curso da ação trabalhista o equipamento não foi localizado na posse do réu.

Ocorre, todavia, que a conduta descrita na denúncia não configura o crime de peculato e nem o de fraude à execução.

Com efeito, o crime de fraude à execução está assim definido:

Art. 179 - *Fraudar execução*, alienando, *desviando*, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa.

A conduta imputada não se amolda a esse tipo penal – *com o máximo respeito* – porquanto o réu não era executado na ação de execução fiscal quando foi designado depositário judicial. Por isso, não poderia ser sujeito ativo desse crime. De fato, consoantes documentos de fls. 17-30, a execução fiscal tinha no polo passivo a pessoa jurídica *Classe & Arte de Couro Ltda* – ME e a pessoa física *Aristeu Gonçalves de Oliveira*.

Porém, o delito do artigo 179 do Código Penal somente pode ser praticado pelo executado, porquanto se trata de crime próprio, conforme leciona HELENO CLÁUDIO FRAGOSO¹:

Sujeito ativo do crime será sempre o devedor, demandado pelo pagamento da dívida, na iminência de execução judicial.

Também comungam da mesma opinião PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e FERNANDO JOSÉ DA COSTA²:

Sujeito ativo será somente quem, tendo o dever jurídico de cumprir obrigações civis derivadas de ação executória pendente, fraudar a execução.

Esse entendimento é igualmente compartilhado por GUILHERME DE SOUZA NUCCI³ e ROGÉRIO GRECO⁴, os quais destacam que o sujeito ativo do crime de fraude à execução é sempre o devedor contra o qual está sendo promovida a ação de execução judicial, ou seja, o executado.

Nesse passo, não é possível promover a desclassificação dos fatos para o crime do artigo 179 do Código Penal, tal qual aventado pela decisão de fls. 161-169, que “em tese, sempre em tese”, determinou a intimação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para que se manifestasse sobre o cabimento da transação penal ou suspensão condicional do processo.

Aliás, vale ressaltar, ainda, que nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, é por ocasião da sentença que o juiz poderá promover a correção da adequação típica, conforme iterativa e notória jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

(...) *Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a sentença o momento processual oportuno para a emendatio libelli, a teor do art. 383 do Código de Processo Penal. 2. Tal posicionamento comporta relativização – hipótese em que admissível juízo desclassificatório prévio –, em caso de erro de direito, quando a qualificação jurídica do crime imputado repercute na definição da competência. Precedente. (...) (HC 115831, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 18-11-2013 PUBLIC 19-11-2013) (destaquei)*

Por fim, imperioso destacar que a decisão de fls. 161-169 partiu de pressuposto equivo-

1 Lições de Direito Penal, parte especial: arts. 121 a 212 do CP. 7ª Edição – Rio de Janeiro : Forense, 1983, pág. 436.

2 Curso de Direito Penal. 12ª Edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2010, pág. 592.

3 Manual de Direito Penal, 6ª edição, Revista dos Tribunais, 2009, pág. 771.

4 Código Penal Comentado, 9ª edição, Editora Impetus, 2015, pág. 671.

cado – *data vênia* –, haja vista que não atentou para o fato de que o réu – depositário judicial – não ocupava o polo passivo da ação de execução fiscal na qual assumiu a função de auxiliar do juízo.

Sob outro prisma, a conduta narrada também não se amolda ao crime de *peculato*. O crime de *peculato* em razão da apropriação indébita por depositário judicial somente pode ser praticado pelo funcionário público investido no respectivo *cargo público*, conforme ensina FRAGOSO⁵:

Evidentemente, o *depositário judicial* a que a lei refere não é o que desempenha o cargo público que assim se denomina. Este é funcionário público e somente poderá praticar o crime de *peculato*.

Isso ocorre porque o particular, designado para a função de depositário judicial, não exerce função pública para fins penais. De fato, ao dispor no artigo 168, §1º, inciso II, a causa de aumento de pena para o depositário judicial, o Código Penal não considerou que o particular, na condição de depositário judicial, exercesse “função pública” de modo transitório e sem remuneração.

Nesse sentido o esolcio de Rogério Greco⁶, mencionando lição de Luiz Regis Prado:

Depositário judicial é o encarregado, conforme o art. 148 do Código de Processo Civil, de guardar e conservar os bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados, não dispondo a lei de outro modo. Luiz Regis Prado esclarece, ainda, que, “se é funcionário público, responde por *peculato*; sendo, porém, particular nomeado pelo juiz, incorre na majorante em estudo”. (destaquei).

Tenho, por isso, que o particular, quando investido na função de depositário judicial não exerce função pública para fins penais, mas, tão somente, *múnus público*. Nesse passo, o réu deste processo (particular investido na função de depositário judicial) não poderia cometer o crime de *peculato*, próprio de funcionário público.

Portanto, a conduta narrada na denúncia amolda-se ao crime de *apropriação indébita* com pena aumentada, previsto no artigo 168, §1º, II, do Código Penal:

Apropriação indébita

Art. 168 - *Apropriar-se* de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

A ação incriminada é a apropriação de coisa alheia móvel, que o agente tem a posse ou a detenção. “A materialidade do fato reside em apropriar-se o agente da coisa, no todo ou em parte, isto é, em dela assenhorar-se; em fazê-la própria; em praticar sobre ela atos de disposição, como proprietário... Muitas vezes, a ação revela inequivocamente a existência da

5 Ob. Cit., pág. 373.

6 Ob. Cit., pág. 601.

apropriação, quando é de tal sorte que somente pelo proprietário possa ser praticada (ex.: alienação por conta própria, ocultação, consumo).⁷. (destaquei)

O crime de apropriação indébita admite as modalidades comissiva e omissiva, conforme lição de Rogério Greco⁸:

O núcleo *apropriar* pode ser praticado comissiva ou omissivamente pelo agente. Assim, comete o crime de apropriação indébita, praticando um comportamento comissivo, aquele que se desfaz da coisa alheia móvel, agindo como se fosse dono, vendendo-a a terceiro. *Da mesma forma, comete o delito em estudo o agente que se recusa a devolver a coisa quando solicitada por seu legítimo dono, praticando, outrossim, uma conduta negativa.* (destaquei)

Quanto ao tipo objetivo, também explica FRAGOSO⁹, “é que o agente tenha, anteriormente à ação criminosa, a posse lícita da coisa”. O dolo, de sua vez, decorre da manifestação de vontade de ter a coisa para si, como se dono fosse.

O crime se consuma quando o agente passa a dispor da coisa como se sua fosse e isso se revela quando age “por retenção – recusa na devolução ou em dar a coisa; por alheação – passar a coisa a terceiro por venda, doação ou permuta, destinação que fora especificada no recebimento; por ocultação, que é forma de consumo; *por desvio* – aplicar um fim distinto trazendo prejuízo patrimonial. Consoante tal visão, pode-se sintetizar que, na tipificação, *o ilícito comportamental se caracteriza diante da recusa da devolução da coisa*, pois o autor possui um dever jurídico de restituir”.¹⁰ (destaquei) No caso, o réu recebeu em depósito judicial três balancins, de propriedade da sociedade empresária - *Classe & Arte de Couro Ltda – ME (coisa alheia móvel)*, os quais foram penhorados para garantia de processo de execução fiscal promovido pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), conforme claramente se infere do auto de penhora e depósito de fls. 20 (*dever de guarda e restituição*), que assim dispôs:

Aos 24 dias, do mês de setembro do ano dois mil e nove... em cumprimento ao mandado anexo, expedido pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Franca/SP, a requerimento da FAZENDA NACIONAL, no Processo nº 2009.61.13.001347-3, que move contra CLASSE & ARTE DE COURO LTDA ME... PENHOREI os seguintes bens: três balancins marca poppi, modelo s777, hidráulicos, em bom estado de conservação e em funcionamento. Bens estes do executado para garantir o Juízo, e em seguida, deposei-os em mãos e poder do Sr. TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA, CPF nº 297.157.878-00, que sujeitou-se às penas da lei...

O Laudo de Avaliação (fls. 19) mencionou e identificou os números dos balancins penhorados, e, dentre eles, *constou o de nº 03172*, que foi aquele apontado no aditamento da denúncia como desviado e retido injustificadamente pelo réu.

De fato, às fls. 19 e 21 constam certidões, exaradas pelo Oficial de Justiça Avaliador AURO DOS SANTOS, na quais afirmou:

Fls.: 19

(...) procedi a avaliação do bem a seguir descrito: *três balancins*, marca Poppi, modelo S 777, hidráulicos, *números 018819, 01781 e 03172*, em bom estado de conservação e funcionamento, avaliados em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) cada, num total de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro

7 Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., pág. 357-358.

8 Ob. cit., pág. 600.

9 Ob. cit., pág. 355.

10 Rogério Greco, ob. cit., pág. 599.

mil reais). (destaquei)

Fls.: 21:

(...)

No mesmo ato procedi à PENHORA E AVALIAÇÃO dos bens da empresa para garantir o débito, nos termos do auto e laudo anexos. *Nomeei depositário o representante legal da empresa cientificando-o do ônus do encargo.* (destaquei)

(...)

Posteriormente à penhora e depósito, o réu foi intimado, *duas vezes*, a entregar os bens. Na primeira vez (20/7/2010) (fls. 22-23) declarou à Servidora executante de mandados da Justiça Federal que os bens penhorados (balancins) teriam sido arrematados em leilão judicial e que não possuía a documentação correlata, mas que, posteriormente, seria apresentada por seu advogado.

Como não houve a exibição de qualquer documento, o Juiz Federal determinou nova intimação do réu a restituir, no prazo de dez dias e *sob pena de sanções civis e criminais* (fls. 28) os balancins penhorados ou que efetuasse o depósito do valor equivalente, ou, ainda, exibisse os documentos que comprovassem a arrematação dos balancins em leilão. *O réu foi regularmente intimado em 09/11/2011*, porém ficou-se inerte, conforme certidão de fls. 30. Assim, o crime de apropriação indébita se consumou em 19 de setembro de 2011, isto é, dez dias depois da segunda intimação judicial.

Isso porque, a omissão do réu em restituir a coisa alheia móvel, pertencente à pessoa jurídica executada, revelou seu *animus rem sibi habendi*.

O dolo de apropriação também ficou caracterizado pelas declarações falsas prestadas pelo réu perante a autoridade policial. Com efeito, indagado sobre os fatos, afirmou novamente que os balancins não foram restituídos, porquanto teriam sido arrematados em outro processo judicial e exibiu documentos alusivos à uma ação trabalhista promovida por Carlos Antônio de Souza, perante a 2ª Vara do Trabalho de Franca/SP.

A fim de averiguar a veracidade das declarações do réu, a autoridade policial solicitou à 2ª Vara da Justiça do Trabalho a remessa de cópias referente à penhora dos balancins. Dos documentos recebidos, constou efetivamente a penhora de 04 (quatro) balancins, dentre eles o de nº 03172 (fls. 60, letra “c”). No entanto, a certidão de fls. 64 desmentiu as declarações do réu, porquanto nela consta que o balancim 03172 (fls. 60, letra “c”) não foi encontrado para remoção pela Justiça do Trabalho e que o réu, na oportunidade, informou à Oficial de Justiça Avaliadora da Justiça do Trabalho, que o mencionado balancim teria sido retirado pelo proprietário.

Em juízo o réu voltou a alegar que os balancins penhorados não pertenciam à pessoa jurídica executada e que seriam alugados. Todavia, nem mesmo soube declinar quem seriam os supostos proprietários/locadores e, tampouco, juntou qualquer documento a comprovar suas alegações. Da mesma forma não produziu prova alguma no sentido de que teria informado o Oficial de Justiça da Justiça Federal de que os balancins seriam alugados.

Nesse passo, não tenho dúvida de que o réu, de forma livre e consciente, apropriou-se de coisa alheia móvel (balancim 03172), da qual tinha posse anterior legítima, porquanto decorrente de depósito judicial. O dolo da conduta de tomar a coisa como sua ficou revelado pelas atitudes do réu, pois ao recusar a restituição do balancim passou a agir como se fosse o dono da coisa.

Isso porque, instado pela Justiça Federal a restituir o bem, alegou falsamente que o

balancim 03172 teria sido arrematado em ação trabalhista perante a Justiça do Trabalho. A falsidade dessa alegação se confirmou com o documento de fls. 64, na qual as Oficiais de Justiça RITA MARIA COELHO NASCIMENTO NEVES e MÁRCIA HELENA SEGISMUNDO certificaram que o mencionado balancim nº 03172 não foi removido, porquanto não foram encontrados. Consta dessa certidão, também, que quando da tentativa de remoção do balancim o réu afirmou que esse bem móvel de que tinha o dever de guarda e restituição teria sido retirado por terceira pessoa, porque se trataria de bem alugado.

Ocorre que o réu não se desincumbiu do ônus de provar a alegação de que os balancins seriam alugados (art. 156, Código de Processo Penal). Assim, não conseguiu afastar a presunção de veracidade do auto de penhora e depósito (fls. 21), no qual ficou certificado que os bens penhorados e depositados pertenceriam à sociedade empresária executada.

De outro lado, não afasta a existência do crime o fato de o réu ser o representante legal da pessoa jurídica a quem pertencia o balancim nº 03172, porquanto o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o do sócio, pessoa física, consoante ensina FÁBIO ULHOA COELHO¹¹:

Da definição da sociedade empresária como pessoa jurídica derivam consequências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações ao sujeito de direito nela encerrado. Em outros termos, na medida em que *a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações.* (destaquei)

Como se vê, o patrimônio do sócio não se confunde com o patrimônio da sociedade empresária, sobretudo porque o artigo 985 do Código Civil é claro ao estabelecer que, com o registro próprio na forma da lei, a sociedade adquire personalidade jurídica, o que lhe permite ser sujeito de direitos e obrigações, dentre os quais, o direito de propriedade.

Há de se destacar, também, que o objeto da ação delituosa (balancim 03172) não se destinava ao comércio pela sociedade empresária, mas, sim, servia de equipamento para produção de sapatos, conforme destacou o acusado em seu depoimento, ao afirmar que era equipamento destinado ao uso na linha de produção.

Em conclusão, o desvio e a recusa de restituição do bem penhorado (balancim 03172), de propriedade da pessoa jurídica da qual o réu era o representante legal e que recebeu em depósito judicial, configurou o crime de apropriação indébita, com pena aumentada pela qualidade do agente, nos exatos termos do artigo 168, §1º, II, do Código Penal.

Isso confirma que a tese da defesa, no sentido de que a imputação seria imprecisa, impossibilitando o réu de exercer amplamente a defesa e o contraditório não prospera. De fato, no sistema processual penal brasileiro, o acusado se defende dos fatos narrados e não da qualificação jurídica atribuída pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ao fato delituoso. A definição jurídica do crime decorrente dos fatos narrados é dada pelo juiz, no momento da sentença, conforme preconiza o artigo 383 do Código de Processo Penal:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

11 Curso de Direito Comercial. Vol. 2. 8ª edição. 2005. Editora Saraiva, pág. 14.

No caso, a denúncia deixou muito claro que o réu desviou e se negou injustificadamente a restituir bem que lhe fora entregue em depósito judicial, incorrendo, pois, nas penas do artigo 168, §1º, II, do Código Penal.

Ademais, a tese de defesa acerca da inexistência de descrição do número dos balancins no auto de penhora não afasta a certeza do crime, haja vista que o balancim desviado, de nº 03172, foi descrito no laudo de avaliação (fls. 21) e o próprio réu confirmou, ao ser indagado por seu advogado ao final de seu interrogatório, que os balancins penhorados foram os mesmos avaliados.

Além disso, a testemunha AURO DOS SANTOS, oficial de justiça avaliador que fez a penhora, depósito e avaliação dos balancins, declarou em juízo que os balancins penhorados e depositados judicialmente com o réu são aqueles descritos no laudo de avaliação.

Já as testemunhas de defesa, por sua vez, nada souberam falar sobre os fatos.

No entanto, os documentos colhidos na fase investigatória, remetidos pela Justiça do Trabalho, confirmaram que o balancim nº 03172 não foi removido ou arrematado em ação trabalhista, porquanto depois de penhorado não foi mais localizado na posse do réu.

O réu também não fez qualquer prova capaz de demonstrar, em juízo, a veracidade de sua alegação, no sentido de que balancim de nº 03172 era alugado e que fez a sua devolução ao suposto “legítimo proprietário”. Aliás, não há o menor início de prova a confirmar sua versão. E, ainda que se tratasse de bem alugado, jamais o réu poderia dispor do balancim sem prévia autorização judicial.

Aliás, curiosa a alegação do réu de que teria devolvido o balancim 03172 ao suposto proprietário, porquanto foi pessoalmente cientificado de que tinha o dever de guardar, conservar e restituir os balancins penhorados, de modo que, em hipótese alguma, poderia entregar o bem a quem quer que seja ou a qualquer título. Depois de consolidada a penhora e o depósito judicial, conforme comprovado pelos documentos de fls. 20 e 21, o réu não poderia dar outro destino a qualquer dos bens, senão por ordem judicial.

Posto isso, aplico o art. 383 do Código de Processo Penal e desclassifico o crime imputado ao réu no artigo 312, *caput*, *in fine* c. c. o artigo 327 do Código Penal, e, à vista do conjunto probatório, condeno TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA como incurso no crime de apropriação indébita majorado, previsto no artigo 168, §1º, inciso II, do Código Penal.

Passo, a seguir, à dosimetria da pena, conforme as disposições do artigo 68 do Código Penal.

Respeitando o sistema trifásico, na primeira fase, analiso as circunstâncias dos artigos 59 do Código Penal. Quanto à culpabilidade, agiu com culpa normal. Os antecedentes não foram suficientemente provados, pois, embora o réu já tenha respondido a vários inquéritos policiais, que foram arquivados, não podem ser levados em conta a teor da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Não há elementos para avaliação da conduta social e de sua personalidade. Os motivos do crime são condizentes com o tipo. Sobre as circunstâncias do crime, considero-as inerentes ao tipo penal que já pune com maior rigor o depositário judicial que se apropria da coisa. As consequências do crime não pesam contra o acusado, porquanto não extrapolam o arquétipo penal. Deixo de analisar item referente ao comportamento da vítima, porque se trata de crime em que o ofendido é a União. Assim fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, há a agravante de violação de dever inerente ao cargo de depositário judicial (art. 61, II, “g”, do Código Penal), porém deixo de considerá-la, haja vista expressa previsão no tipo legal de aumento da pena para a hipótese. Também não há atenuantes a

serem consideradas, permanecendo a pena em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, não há causas de diminuição, porém está presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 168, §1º, II, do Código penal, porque o réu praticou o crime na qualidade de depositário judicial. Aumento, assim, a pena em 1/3 (um-terço), tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Fixo o valor do dia-multa em um 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

No tocante ao regime de cumprimento da pena restritiva de liberdade, deverá ser inicialmente no regime aberto, diante de expressa previsão legal, artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal.

ANTE O EXPOSTO, *julgo parcialmente procedente* a presente ação penal, que move o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para condenar TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses reclusão, em regime inicialmente aberto, segundo o artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do crime, por incurso no artigo 168, §1º, II, do Código Penal.

Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade pelo tempo da pena corporal e prestação pecuniária limitada ao pagamento de uma cesta básica por mês de condenação, no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) cada uma, devendo ambas as obrigações serem destinadas a entidades a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal.

Deixo de fixar o valor mínimo de indenização como prescreve o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, haja vista a inexistência de pedido formal, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório.

Condeno o réu ao pagamento das custas.

Transitada esta em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e comunique-se a Justiça Eleitoral, para fins do art. 15, inciso III, da Constituição Federal.

Remetam-se os autos ao SEDI para a mudança da situação processual do réu.

Custas na forma da lei.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Franca, 24 de abril de 2015.

Juiz Federal Substituto EMERSON JOSÉ DO COUTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0020016-32.2013.4.03.6100

Autora: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Réu: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN/SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: LEILA PAIVA MORRISON

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 27/07/2015

I. Relatório

Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em face do CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO, doravante COREN/SP, objetivando a sua condenação na obrigação de não exigir a apresentação do diploma para inscrição definitiva principal nos quadros do Conselho, aceitando, para tanto, apresentação de certificado de conclusão de curso, mesmo que condicionada a posterior apresentação do diploma.

Sustenta a Autora que vem instaurando diversos Processos de Assistência Judiciária referentes à inviabilidade de obtenção do registro de profissionais recém-formados em Enfermagem perante o Conselho, ora réu, ante a ausência de apresentação de diploma oficial, decorrente da demora, por parte das instituições de ensino, na sua expedição ou registro devido aos trâmites burocráticos.

Desse modo, conforme aduz, a conduta do COREN/SP tem tolhido o direito de exercício desses profissionais, impedindo-os de aceitar emprego tão logo se formem. Sustenta que a exigência do diploma poderia ser substituída, sem prejuízo, pela apresentação de certificado de conclusão de curso ou colação de grau; e, ainda, que tal exigência configura inconstitucionalidade e foge ao princípio da razoabilidade, razão pela qual enviou Recomendação ao Conselho, nesse sentido.

Afirma-se, ainda, que a Resolução COFEN nº 291/2004 foi alterada pelas Resoluções COFEN nº 372/2010 e 419/2012, as quais extinguíram a possibilidade de inscrição provisória aos recém-formados, que levava em consideração o lapso temporal até a liberação de seus diplomas de graduação oficiais. Porém, conforme aduz a Autora, a exigência do Conselho não guarda justificativa razoável e está em dissonância da jurisprudência pátria.

Além disso, a Defensoria Pública da União defende a sua legitimidade ativa na presente demanda, tendo em vista suas funções institucionais, e, entre elas, a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição. No caso em tela, afirma que se trata de interesses de pessoas vulneráveis, o que justifica a interposição da presente Ação Civil Pública.

A petição inicial foi instruída com documentos (fls.31/70).

Notificado a se manifestar em setenta e duas horas, o COREN apresentou petição na qual argui, preliminarmente, a falta de interesse de agir da Autora, tendo em vista a edição da Resolução nº 445/2013, a qual estabelece a possibilidade de inscrição profissional com a apresentação de certificado de conclusão de curso.

No mérito, o Réu afirma a necessidade de apresentação do diploma para registro definitivo nos quadros profissionais, haja vista a dicção da Lei 7.498/86. Acresce que a Resolução COFEN 272/2010 descreve o procedimento de inscrição junto ao Conselho, bem como os do-

cumentos necessários, tendo em vista o disposto pela Lei nº 5.905/73, o Decreto nº 94.407/87 e a Lei nº 7.498/86, tendo requerido, por isso, o indeferimento da liminar.

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública da União afirma que a Resolução COFEN nº 445/2013 seria insuficiente para garantir o direito à inscrição dos recém-formados, tendo em vista que a necessidade de entrega de documentos relativos à colação de grau, além do histórico escolar e da relação de formandos da instituição de Ensino, o que poderia caracterizar o arbítrio do órgão estadual deferir ou não a inscrição do profissional. Além disso, a entrega cumulativa dos documentos tornaria o pedido mais custoso, haja vista que somente a apresentação do certificado de conclusão de curso seria suficiente (fls. 105/107).

A parte autora também afirma que o prazo de um ano estabelecido pela nova resolução poderia ser insuficiente para emissão do diploma, razão pela qual entende que a Resolução nº 445/2013 mantém o caráter burocrático e desarrazoado da resolução de 2010.

O pedido de liminar foi deferido parcialmente pelo r. Juízo da 16ª Vara Federal, então competente (fls. 108/110).

O COREN contestou o feito (fls. 117/129) ressaltando que a demora em emitir o diploma seria imputável às instituições de ensino, bem assim que os documentos exigidos têm por objetivo assegurar a habilitação técnica do profissional inscrito, sendo que os direitos dos profissionais recém-formados foram observados pela Resolução COFEN nº 445/2013, até porque a exigência do histórico escolar para a inscrição sem diploma estaria inserida na competência regulamentar do Conselho, estabelecida em Lei.

A Autora apresentou réplica às fls. 131/133, reiterando os argumentos de sua petição de fls. fls. 105/107. Aduziu, também, que não se justifica a exigência de apresentação do histórico escolar, já que a inscrição não está condicionada às notas do profissional.

Em 20 de fevereiro de 2014, o Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento ao agravo de instrumento do Réu, determinando a manutenção das exigências administrativas para inscrição provisória (fls. 138/142).

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 149/151, no qual se manifestou pela procedência da presente Ação.

Em observância ao Provimento n° 405/2014 do Egrégio Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, a 16ª Vara Federal tornou-se especializada em execuções fiscais, o que resultou na redistribuição do feito a este Juízo.

É o relatório.

DECIDO.

II. Fundamentação

Trata-se de ação civil pública por meio da qual a Defensoria Pública da União, doravante DPU, pede que o COREN/SP dispense a exigência do diploma para a inscrição definitiva principal, nos quadros do Conselho para fins de exercício da profissão na área de Enfermagem.

Inicialmente, o COREN refere a carência superveniente decorrente da ausência de interesse de agir em face à edição da Resolução COFEN nº 445/2013. Todavia, o referido diploma normativo foi revogado pela Resolução COFEN nº 476, de 23.03.2015, publicada em 15.04.2015, e, além disso, a disciplina dispensada ao assunto não observou a r. decisão proferida em sede de agravo de instrumento pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Verifica-se, portanto, a presença dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo bem como as condições da ação, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual se impõe a análise do mérito.

O pleito insere-se na hipótese do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil razão pela qual comporta o julgamento antecipado da lide.

Trata-se de pedido de condenação do COREN/SP à obrigação de fazer, consistente em assegurar o direito à inscrição nos seus quadros, independentemente da apresentação de diploma, bastando a colação de grau.

No presente caso o pedido de prestação judicial coletiva diz respeito à solução de um conflito verificado pela divergência quanto ao tratamento a ser dispensado pelo COREN/SP aos cidadãos que finalizaram o curso de Enfermagem, porém ainda não obtiveram o diploma ou o respectivo registro deste.

A Defensoria Pública da União insurge-se para fazer prevalecer, imediatamente, o direito fundamental desses cidadãos ao trabalho, por entender que, comprovada a colação de grau, caracteriza-se a qualificação técnica necessária ao exercício do mister, afirmando, inclusive, que estaria configurada a natureza inconstitucional da exigência do diploma. O COREN/SP, por sua vez, ciente de seu dever constitucional de exercer estritamente as suas atribuições legais, considera a exigência de apresentação do diploma um requisito inarredável, porque previsto expressamente no artigo 6º da Lei nº 7.498, de 25.6.1986.

Cuida-se, portanto, de sopesar dois princípios constitucionais de igual importância e relevância, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito: a legalidade administrativa, inserida no *caput* do artigo 37, e da dignidade da pessoa humana, consistente no direito ao exercício de um trabalho, esculpida no inciso XIII do artigo 5º.

O *busílis* evidencia-se a partir da necessidade de se assegurar a efetividade de ambas as regras constitucionais, pois, na qualidade de princípios (legalidade administrativa e direito individual ao trabalho), contêm valores protegidos pelo Legislador Constituinte.

Destarte, adiante-se, desde logo, que nesses casos não cabe ao magistrado solucionar a questão no plano da validade, quando se opta pela prevalência de uma das regras, que pressupõe, expressa ou implicitamente, a invalidade da outra. Na hipótese de colisão entre princípios, isso não é possível, pois não se apresentam suficientes à solução da lide nem o método subsuntivo, caracterizado pela identificação e aplicação da norma ao fato, nem tampouco a prevalência de uma das técnicas da hermenêutica.

Na hipótese dos autos, não há que se falar em mera subsunção da norma do artigo 6º da Lei nº 7.498, de 25.6.1986, aos fatos, pois é justamente em função da observância desse comando e, assim, do princípio da legalidade administrativa, que o COREN/SP exige a apresentação do diploma de Enfermeiro, para fins de admitir a inscrição dos novos profissionais.

Entretanto, tal prática desencadeou a lide, conduzindo a DPU a vir a juízo para pedir que cesse a exigência, considerada indevida e até mesmo contrária à Constituição, por violar outro princípio constitucional, o direito fundamental ao exercício do trabalho, cujas habilidades técnicas requeridas foram observadas.

Trata-se, portanto, de uma das três espécies de situações geradoras do que o Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso chama de “*casos difíceis*”. Assim, o problema dos autos consiste em uma das “colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais. A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente. (...) Naturalmente, como os dois lados têm normas constitucionais a seu favor, não é possível resolver esse problema mediante subsunção dos fatos à norma aplicável, pois mais de uma postula a incidência sobre a hipótese. Diante disso, a solução terá de ser construída argumentativamente mediante ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende ao caso

concreto. As duas soluções possíveis vão disputar a escolha do intérprete”.¹

Pois bem. Vejamos o teor dos princípios constitucionais esculpados nos artigos 5º, inciso XIII, e 37, *caput*, do Texto Magno, que protegem a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, e, de outra parte, a estrita submissão da Administração à legalidade administrativa, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Configura-se, assim, a necessidade de preservar os dois princípios fundamentais, tanto o direito fundamental ao exercício de trabalho, ofício ou profissão, quanto a legalidade administrativa, razão por que é de rigor lançar mão da técnica da ponderação² para fins de superar o antagonismo, mediante a análise segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

1. Na primeira etapa, com o intuito de referir as normas em choque, verificam-se os valores contidos nos princípios que integram a solução da questão. O direito ao exercício do trabalho decorre da constituição e configura verdadeiro direito fundamental. A legalidade administrativa, por sua vez, contém em seu âmago os valores da segurança jurídica e da certeza do direito.

Vejamos.

A garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho

O direito individual expresso ao trabalho consiste na “liberdade de ação profissional”, segundo José Afonso da Silva³, “não se trata de direito legal, direito decorrente da lei mencionada, mas direito constitucional, direito que deriva diretamente do dispositivo constitucional”. A limitação dar-se-á apenas por meio de lei, do contrário, a acessibilidade a qualquer trabalho, ofício ou profissão é irrestrita na medida em que configura uma das faces do direito à liberdade.

Além disso, o direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão está fundado no valor segurança jurídica, cuja efetividade decorre da observância dos princípios constitucionais da legalidade e da reserva de lei, inseridos no artigo 5º, *caput* e inciso XIII, da Constituição de 1988, que garantem a liberdade de exercício de atividade, não ser que sejam estabelecidos requisitos especiais por meio de lei.

Esse entendimento foi prestigiado pelo Egrégio Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso Extraordinário nº 414.426/SC, à unanimidade, nos termos do voto da Eminente Ministra ELLEN GRACIE, cuja ementa recebeu a seguinte redação, *in verbis*:

1 Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, p. 343 e 348, (destaque no original).

2 Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, p. 373/374.

3 José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 68 e 107/108.

DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO.

Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão..

(Decisão Plenário em 01.08.2011. Publicação DJE 10/10/2011)

Merece ênfase o trecho do voto da Insigne Ministra ao afirmar que “o exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados”.

A eventual lesividade de um trabalho, ofício ou profissão desafia a necessidade de regulamentação, por meio do estabelecimento de regras previamente definidas para que, por ocasião do exercício da atividade, não se verifiquem surpresas desagradáveis por imperícia, que podem, eventualmente, trazer danos até mesmo irreparáveis à sociedade.

Nesse contexto, o Poder Legislativo Federal editou a Lei nº 7.498, de 25.6.1986, que estabelece, em seu artigo 2º, que “A enfermagem e suas atividades auxiliares somente podem ser exercidas por pessoas legalmente habilitadas e inscritas no Conselho Regional de Enfermagem com jurisdição na área onde ocorre o exercício”.

Portanto, dois requisitos são necessários ao exercício da atividade de Enfermagem: a habilitação técnica e a inscrição no COREN.

A DPU insurge-se contra um dos requisitos da inscrição, por considerá-lo dispensável. Isso porque, uma vez obtida a aprovação nos cursos destinados à aquisição de habilitação técnica, entende que a prova desse requisito poderia ser realizada tão somente pelo documento de colação de grau, dispensando-se, assim, o diploma, por entender que se trata de exigência burocrática.

Além disso, cuida-se da preservação do tratamento equânime, consagrado pelo princípio da igualdade, inserido no *caput* do artigo 5º, do texto constitucional, que configura o valor da justiça, na medida em que é de se reconhecer, a todos os que obtiveram as qualificações técnicas necessárias, o direito ao exercício da Enfermagem, pois alçaram à nova categoria profissional e, assim, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, razão pela qual têm direito constitucional à inserção nos quadros do Conselho e à atuação profissional.

O princípio da legalidade administrativa

O Conselho Federal de Enfermagem - COFEN e os Conselhos Regionais de Enfermagem – COREN são autarquias federais criados pela Lei nº 5.905, de 12.07.1973, na qualidade de “órgãos disciplinadores do exercício da profissão de enfermeiro e das demais profissões compreendidas nos serviços de enfermagem” (artigo 2º).

Cabe ao COFEN e aos CORENs, dentre outras atribuições, respectivamente, na forma dos artigos 8º e 15, *in verbis*:

Art 8º. Compete ao Conselho Federal:

(...)

III - elaborar o Código de Deontologia de Enfermagem e alterá-lo, quando necessário, ouvidos

os Conselhos Regionais;

IV - baixar provimentos e expedir instruções, para uniformidade de procedimento e bom funcionamento dos Conselhos Regionais;

.....
Art 15. Compete aos *Conselhos Regionais*:

I - *deliberar sobre inscrição no Conselho e seu cancelamento*;

II - disciplinar e fiscalizar o exercício profissional, observadas as diretrizes gerais do Conselho Federal;. (destacamos)

Evidentemente, estão submetidas ao princípio da legalidade administrativa por força do disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República.

Nesse diapasão, estão absolutamente vinculados ao teor da disciplina legal da Enfermagem e suas atividades auxiliares, na forma disciplinada pela Lei nº 7.498, de 25.6.1986, que dispõe sobre as condições específicas exigidas daqueles que pretendem exercer esses misteres, especialmente os profissionais Enfermeiros e Obstetizes, os quais, na forma do artigo 6º, devem ser titulares do respectivo diploma, *in verbis*:

Art. 6º São enfermeiros:

I - o titular do diploma de Enfermeiro conferido por instituição de ensino, nos termos da lei;

II - o titular do diploma ou certificado de Obstetriz ou de Enfermeira Obstétrica, conferido nos termos da lei;.

Exsurge, assim, do cotejo das normas da Lei nº 5.905, de 12.07.1973, que disciplina a criação dos Conselhos de Enfermagem, com essas da Lei nº 7.498, de 25.6.1986, que regulam a profissão, que o COREN, ora réu, não pode deixar de exigir o diploma. O Legislador Federal impôs, como condição ao exercício da profissão, em especial, como forma de aferir a habilidade técnica, a apresentação do diploma, razão por que não há que se falar em inconstitucionalidade.

Evidentemente, ao exigir o requisito previsto na lei ao exercício da profissão de Enfermeiro, o COREN/SP visa cumprir o seu dever de observar com rigor o princípio da legalidade, da reserva legal qualificada, posto que a Constituição não só determina ao legislador que exercite a sua função legislativa para estabelecer a limitação, mas, além disso, fixa exatamente qual a demarcação limítrofe da restrição, e, ainda, da legalidade administrativa.

Por conseguinte, conforme já referido, a identificação de qualificativos especiais para um ofício fica sempre a cargo do legislador. Isso significa dizer que a imposição de limites à regra do livre ofício não pode ser delegada ou tratada por norma infralegal. É dizer, ainda que o COREN quisesse ou se dispusesse a normatizar em contrário, não poderia, por vedação legal. A razão dessa máxima encontra seus fundamentos no interesse público, conforme foi ressaltado pela Suprema Corte na ementa acima transcrita. A inscrição do profissional em determinado órgão de fiscalização tem por objetivo a proteção da sociedade contra a atividade com potencial lesivo.

Essas explicações são oferecidas com expressiva clareza pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, no voto proferido no RE nº 414.426/SC, cujo excerto, transcrevemos *in verbis*:

Note-se, portanto, que o Estado *só pode regulamentar*, (e, em consequência, *restringir*) o exercício de atividade profissional, fixando-lhe requisitos mínimos de capacidade e qualificação, *se o desempenho de determinada* profissão importar em dano efetivo ou em risco potencial para a vida, a saúde, a propriedade ou a segurança das pessoas em geral (IVES GRANDRA MARTINS/CELSON RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”,

vol. 2/77-78, 1989, Saraiva), *a significar*, desse modo, que ofícios ou profissões cuja prática *não se revista* de potencialidade lesiva ao interesse coletivo mostrar-se-ão *insuscetíveis* de qualquer disciplinação normativa. (todos os grifos no original)

No entanto, a prática da Enfermagem requer, evidentemente, capacidade e qualificação que, segundo o artigo 6º da Lei nº 7.498, de 25.6.1986, são evidenciadas pela apresentação do diploma, cabendo ao COREN a responsabilidade pela sua apresentação.

2. Dando continuidade, após identificadas as normas em colisão, na segunda etapa há que se examinar os fatos e a interação deles com os elementos normativos.

O COREN/SP destaca que a determinação legal não pode deixar de ser observada e, além disso, que o certificado de colação de grau não contém as formalidades que lhe garanta credibilidade e autenticidade. Impondo, assim, a efetiva apresentação do diploma registrado, o que está a configurar o cerne do problema.

A obrigatoriedade do registro decorre da regra do artigo 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, de 1996, que condiciona a ele o reconhecimento do diploma de cursos superiores, para validade nacional – como prova de formação recebida por seu titular, *in verbis*:

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

§ 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

Veja-se, que o diploma desprovido do registro não atende ao comando do artigo 6º da Lei nº 7.498, de 25.6.1986, pois não tem validade. Assim, a exigência do diploma e, além disso, de seu registro, é condição para a comprovação da condição especial ao exercício da profissão.

Uma solução paliativa fora construída por meio da edição, pelo COFEN, da Resolução COFEN nº 291/04, que disciplinava a possibilidade de o graduado em enfermagem se inscrever em caráter provisório nos CORENs. Entretanto essa possibilidade foi revogada pela Resolução COFEN nº 372/2010.

Revedo o seu posicionamento anterior, o COFEN editou nova regra que, excepcionalmente, passou a admitir a inscrição a partir da apresentação do documento de colação de grau acompanhado do histórico escolar, e de outras exigências, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução COFEN 445/2013, de 10.10.2013, *in verbis*:

Art. 1º Considera-se documento qualificado para instruir o requerimento de inscrição profissional do Enfermeiro junto ao Conselho Regional de Enfermagem, *o diploma* devidamente registrado pela autoridade competente e, *excepcionalmente*, nos termos desta Resolução, de *documento que comprove a colação de grau*, emitido pela Instituição de Ensino Superior formadora, *acompanhado do histórico escolar*.

Art. 2º *Exigir-se-á, ainda, para fins de comprovação*, no ato de requerimento de inscrição do Enfermeiro, regido por esta Resolução, sem prejuízo dos documentos exigidos na Resolução Cofen nº 372/2010, *a relação dos formandos da Instituição de Ensino Superior formadora, reconhecida ou em regular processo de reconhecimento junto ao MEC*, que deverá ser previamente encaminhada e protocolada junto ao Coren e ao Cofen pela IES. (destacamos)

Evidencia-se que o COFEN, ao admitir a não apresentação do diploma, buscou cercar-se de todas as garantias, objetivando assegurar-se de que as inscrições, excepcionalmente admitidas sem diploma, seriam somente deferidas aos profissionais com regular habilitação técnica. Criando, para tanto, uma lista de exigências que, em parte, vão ao encontro de seu objetivo legal, qual seja: dizer quem pode exercer a profissão.

Recentemente, o COFEN revogou o referido diploma normativo por meio da Resolução COFEN nº 476, de 23.03.2015, publicada em 15.04.2015, porém, com efeitos retroativos, na forma de seu artigo 5º, a 1º de janeiro de 2015.

Todavia, de forma geral, as mesmas exigências foram repetidas e, embora nos “*Considerandos*” façam-se referências às sentenças proferidas pelos Juízos Federais, prolatadas com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devem ser feitos alguns ajustes imprescindíveis.

Inicialmente, se afigura que tenha havido a estrita observância ao r. *decisum* proferido pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sede de agravo de instrumento tirado em face da decisão concessiva da liminar, nestes autos, da lavra do Preclaro Desembargador Federal CARLOS MUTA, cuja ementa, pela clareza, transcrevemos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. COREN. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consta dos autos que a ação civil pública originária foi ajuizada pela DPU para, com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, fosse “determinado ao Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo (COREN/SP) a dispensa da exigência do diploma para a inscrição definitiva principal (art. 9º, I, da Resolução nº 372/2010) de profissionais nos quadros do referido Conselho, passando a considerar suficiente para tanto a certificação de conclusão de curso emitido pelas instituições de ensino superior, podendo, dentro de sua autonomia administrativa, exigir posterior apresentação de diploma exclusivamente para que conste dos registros funcionais do profissional”. Intimado, o COREN/SP alegou falta de interesse de agir, frente à edição da Resolução COFEN 445/2013, defendendo a necessidade de apresentação de diploma para a inscrição profissional definitiva.

2. A decisão agravada antecipou, não parcialmente, mas de forma integral os efeitos pretendidos na ação civil pública, dispensando a apresentação, a qualquer tempo, do diploma registrado de conclusão do curso superior de enfermagem, bastando a prova da colação de grau para a inscrição profissional definitiva no órgão de classe. Tal provimento revela-se excessivo e incompatível com a fase processual em que proferida, ainda que se trate de ação civil pública, a qual potencializa os riscos da providência.

3. *Mais adequado, sem dúvida, por tutelar adequadamente o direito sem excesso, é a garantia da inscrição provisória, a partir da comprovação da colação de grau, até que o respectivo diploma seja expedido e registrado, quando então poderá ser exigido para a inscrição profissional definitiva.*

4. Como mencionado, tal entendimento foi adotado pela legislação editada, cujos ditames não são objeto deste agravo de instrumento, por ausência de impugnação específica. *Ademais, a apresentação de documentos complementares (histórico escolar e relação dos formandos da instituição de ensino superior formadora) em nada obsta o direito dos formandos à inscrição provisória para efeito de exercício profissional.*

5. Agravo inominado desprovido. (destacamos)

(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 522432, Egrégia Terceira Turma, fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/07/2014)

O COREN poderá, de fato, prosseguir exigindo, nos casos de impossibilidade de apresentação do diploma registrado, não somente o documento de colação de grau, mas, também o histórico escolar e a lista de formandos expedido pela Instituição de Ensino, conforme prevê a Resolução COFEN nº 476, de 23.03.2015, em substituição à Resolução COFEN 445/2013, de 10.10.2013.

Entretanto, o mesmo não se dá com o prazo fixado para a inscrição provisória, o qual foi estabelecido pelo COREN/SP, ao arrempio da decisão proferida pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que havia indicado, expressamente, que a manutenção da inscrição dar-se-ia “até que o respectivo diploma seja expedido e registrado”.

A inscrição temporária, embora possa oferecer condições de trabalho imediato, pode causar um pesadelo àquele que dela se valeu, pois, decorrido um ano o profissional será punido por “exercício ilegal da profissão”, nos termos do artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º Fica estabelecido o prazo limite de 01 (um) ano para que o Enfermeiro apresente o diploma devidamente registrado no Conselho Regional de Enfermagem em que inscrito.

§ 1º Esgotado o prazo de 01 (um) ano sem a apresentação do diploma, o Conselho Regional de Enfermagem suspenderá automaticamente a inscrição e *tomará as providências necessárias para apurar e punir o eventual exercício ilegal da profissão*.

§ 2º A contagem do prazo de 01 (um) ano inicia-se a partir do dia em que for protocolado o requerimento de inscrição no Conselho Regional de Enfermagem.

§ 3º A contagem deste prazo não se interrompe quando da transferência ou da inscrição secundária do profissional de Enfermagem para a jurisdição de outro Conselho Regional. (destacamos)

Dessa forma, não há que se falar em prazo final para o deferimento do pedido de inscrição, que se finda após 12 (doze) meses da colação de grau, nem, tampouco, em prazo de 12 (doze) meses relativo à validade da inscrição provisória, a contar da emissão (art. 1º, §§ 1º e 2º da Resolução COFEN).

Cabe, ainda, pontuar que é de se rechaçar a argumentação segundo a qual a dificuldade de registro do diploma, por razão que independem do profissional de Enfermagem, geralmente inerentes aos processos burocráticos, afasta a necessidade de sua apresentação. Ao contrário, o titular do diploma deve, sim, buscar amparo ao seu direito de obter o respectivo registro, em tempo razoável, de modo a não sofrer outros prejuízos.

3. Nestas circunstâncias, passemos à terceira fase do julgamento, que conduz ao manuseio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, embora não estejam expressamente indicados na Constituição da República, destinam-se, precipuamente, a viabilizar a eficácia máxima da Constituição, conforme a lição do Eminentíssimo Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS: “com a ideia de proporcionalidade procura-se desenvolver (não solucionar definitivamente) o conflito de princípios por meio de uma ‘solução de compromisso’ por meio da qual um deles será privilegiado no caso concreto, mas sempre procurando minimizar os efeitos ofensivos ao princípio ‘perdedor’. Este em todo caso deve ter seu ‘núcleo essencial’ respeitado”.⁴

Portanto, a exigência do diploma configura requisito legal e, nesse aspecto, não há que se falar em reprimenda à atitude do COREN/SP. Não obstante, a admissão de documento equivalente, para fins de viabilizar a aferição das habilidades técnicas supre, cabalmente, a apresentação do diploma, até que este, finalmente, seja expedido.

4 David Diniz Dantas. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*: Teoria e Casos Práticos. São Paulo: WVC Madras Editora, 2004. p. 266.

Logo é de rigor assegurar a admissão do registro prévio, porém não provisório, para fins de viabilizar a inserção do nome do profissional nos quadros do COREN/SP e, assim, garantir a efetividade ao direito constitucional ao exercício do trabalho, permitindo o início da carreira profissional.

Nesse sentido, cite-se o entendimento do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região da lavra da Eminente Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES, cuja ementa do voto foi redigida nos seguintes termos, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN/SP - INSCRIÇÃO DE RECÉM FORMADO - EXIGÊNCIA DE DIPLOMA - RESOLUÇÃO Nº 372/10 DO COFEN - EXIGÊNCIA DESAMPARADA - POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HABILITAÇÃO TÉCNICA POR MEIO DE CERTIDÃO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. I - Os Conselhos de fiscalização profissional, como integrantes da Administração Indireta (natureza autárquica, conforme STF, ADI nº 1.717/DF), devem guardar respeito ao princípio da legalidade, estando, como dizia o saudoso Diógenes Gasparini, presos aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor (Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, pág. 6). II - Requisito indispensável para a inscrição em Conselho profissional é a prova de habilitação técnica que a profissão exige. III - A Resolução COFEN nº 291/04 previa a possibilidade de o graduado em enfermagem se inscrever em caráter provisório no COREN, bastando a apresentação da certidão de conclusão de curso. Tal permissibilidade foi revogada com a edição da Resolução COFEN nº 372/2010, segundo sustenta o COREN/SP. IV - O texto normativo diz: “Art. 9º. A inscrição é o ato pelo qual o Conselho Regional confere habilitação legal ao profissional para o exercício da atividade de enfermagem, podendo ser: I. Inscrição definitiva principal é aquela concedida pelo Conselho Regional ao requerente, portador de diploma ou certificado, ao qual confere habilitação legal para o exercício profissional permanente das atividades de enfermagem na área de jurisdição do Regional, e para o exercício eventual em qualquer parte do Território Nacional”. V - A inserção da conjunção coordenativa alternativa “ou” no texto normativo não é em vão, constituindo princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele que a lei não contém palavras inúteis, devendo todas as palavras serem compreendidas como tendo alguma eficácia. Deste modo, fica clara a possibilidade de se inscrever no Conselho de Enfermagem apresentando documento diverso do diploma, como o certificado de colação de grau, igualmente hábil para comprovar a habilitação técnica exigida. VI - Exigir o diploma como único documento comprobatório da graduação afronta o princípio da razoabilidade, subordinando o exercício da profissão ao atendimento de um requisito burocrático cuja superação não depende unicamente da vontade do profissional recém formado. VII - Apelação e remessa oficial improvidas. (AMS 00021033720134036100, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2013).

Destarte, considerando-se a observância da máxima da razoabilidade, afigura-se plausível assegurar o registro para evitar a imposição de prejuízo àqueles que já se submeteram a todas as exigências ao exercício da profissão na área da Enfermagem, e que, em face à burocracia crônica e generalizada, não logram obter o registro de seu diploma.

Insista-se, à exaustão, que a exigência do diploma está amparada na norma do artigo 6º da lei, de modo que o procedimento do COREN/SP, analisado exclusivamente sob a lente do princípio da legalidade administrativa, não merece reparo.

Todavia, conforme demonstrado, cabe ao Poder Judiciário apaziguar os conflitos e garantir a máxima efetividade de todos os valores e princípios constitucionais, razão por que o direito ao exercício de trabalho não pode ser menosprezado, aliás, tem de ser sopesado de forma

igualitária ao princípio da legalidade administrativa, razão pela qual deve ser privilegiado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade..

É, portanto, de rigor acolher o pedido da DPU para fins de determinar ao COREN/SP que proceda à inscrição provisória dos novos profissionais mediante a apresentação de documentos tendente à comprovação da habilidade técnica necessária ao exercício do ofício, dentre os quais, o documento de colação de grau, o histórico escolar e a lista de formandos; bem assim, garanta a manutenção da inscrição provisória e da validade da carteira profissional até a apresentação do diploma devidamente registrado.

Ressaltando-se que verificada a hipótese de abuso em razão da demora excessiva e injustificada na apresentação do diploma, o COREN deverá observar todas as garantias constitucionais, especialmente, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

III. Dispositivo

Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para determinar que o Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo - COREN/SP proceda à inscrição provisória dos novos profissionais de Enfermagem, quando impossibilitada a apresentação do diploma, admitindo, como prova de habilidade técnica, outros documentos, especialmente, a colação de grau, o histórico escolar e a lista de formandos da Instituição de Ensino; bem assim, garanta a manutenção da inscrição provisória e da identificação profissional até a realização da inscrição definitiva, mediante a apresentação do diploma devidamente registrado.

Pelo que declaro a resolução de mérito, com fulcro na norma do inciso I, do artigo 269, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Deixo de fixar a condenação em honorários advocatícios em face da previsão do artigo 18 da Lei 7.347 de 24.05.1985, com redação da Lei 8.078, de 11.09.1990.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 27 de julho de 2015.

Juíza Federal LEILA PAIVA MORRISON

AÇÃO ORDINÁRIA

0000001-81.2014.4.03.6108

Autora: ASSOCIAÇÃO POLICIAL DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE DE BAURU
Ré: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2015

Extrato: Ação ordinária – Multa aplicada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em razão da falta de comunicação do reajuste, aplicação diferenciada entre beneficiários e desrespeito à periodicidade de doze meses – Legalidade das Resoluções Normativas – Operadora a não lograr êxito em afastar as irregularidades flagradas – Atualização da multa a seguir a diretriz do art. 37-A, Lei 10.522/2002 c.c. art. 61, Lei 9.430/96 – Atenuação da sanção inaplicável – Improcedência ao pedido

Vistos etc.

Cuida-se de ação ordinária, ajuizada por (...) em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar, aduzindo que, para a modalidade plano de saúde coletivo por adesão, não há necessidade de prévia autorização da ANS para reajuste, bastando a comunicação do índice (Resolução Normativa 171/2008), porém, no ano 2010, constatou déficit financeiro, tendo sido recomendada a alteração de faixas etárias (subiu de sete para dez), o que implicou em majoração da mensalidade de alguns associados, assim como a diminuição da de outros. Defende ser ilegal a autuação aplicada (falta de comunicação do reajuste, aplicação diferenciada entre beneficiários e desrespeito à periodicidade de doze meses), pois malferido o princípio da legalidade, por estarem as sanções previstas em Resolução Normativa, pontuando que o realinhamento promovido nas faixas etárias foi além de um simples reajuste, mas alterou a totalidade de contratos mantidos com os associados, considerando inexistir óbice à majoração diferenciada de mensalidade para beneficiários de um mesmo produto. Por fim, salienta que o valor da multa não poderia sofrer atualização, porque somente se constitui após o regular processo administrativo, buscando a atenuação de sua pena, diante de interpretação equivocada da norma, tal como previsto no art. 8º, II, RN 124/2006. Requereu a suspensão da exigibilidade do crédito, liminarmente, em razão do depósito do *quantum* litigado.

Custas processuais parcialmente recolhidas, fls. 20.

A fls. 106/108, foi deferida antecipação de tutela, com o fito de suspender a exigibilidade do crédito.

Contestou a ANS, fls. 113/131, alegando, em suma, possuir poder normativo regulamentador, a regularidade do procedimento administrativo que aplicou as sanções combatidas, sendo que a parte autora deixou de comunicar os reajustes aplicados, sendo vedada a majoração diferenciada em um mesmo plano e em periodicidade inferior a doze meses, consignando que a Lei 9.656/98 prevê a aplicação de multa a título punitivo, tratando-se, também, de discricionariedade técnica da Agência Regulamentadora, concluindo pela litude da incidência de juros e correção monetária, tendo início a contagem daqueles do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento, art. 37-A, Lei 10.522/2002.

Réplica ofertada a fls. 207/210.

Sem provas pelas partes, fls. 210 e 213, verso.

A fls. 223/225, foi determinado que a ANS prestasse esclarecimentos sobre a incidência do art. 3º da Resolução Normativa nº 63/2003 ao caso concreto, manifestando-se a fls. 227/228, com intervenção autoral a fls. 231/233.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

Por primeiro, nenhuma ilegalidade a repousar na conduta normativa da ANS, pois o art. 4º e seus incisos, da Lei 9.961/2000 (criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar), estatui o poder regulamentador da Agência Nacional demandada, sendo que o seu Regulamento, Decreto 3.327/2000, art. 34, expressamente autoriza a edição de atos normativos infralegais:

Art. 34. Os atos normativos de competência da ANS serão editados pela Diretoria Colegiada, só produzindo efeitos após publicação no Diário Oficial.

Deste sentir, o v. aresto pretoriano:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SUS. RESSARCIMENTO. ATENDIMENTO A UTENTES DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADOS. AIH'S IMPUGNADAS E CONTRATOS. INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO. LEGALIDADE DA COBRANÇA

...

3. A ANS age nos limites de suas atribuições institucionais, editando Resoluções como mero corolário de poder regulamentar (normativo), gerador de efeitos externos, com amplo respaldo nos artigos 3º e 174 da Constituição, positivados e explicitados nas Leis nos 9.656/1998 e 9.961/2000.

(AC 201251010423850, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/06/2014.)

Assim, em exato enquadramento às diretrizes de regência, a Agência de Saúde Suplementar editou as Resoluções ancoradoras do Auto de Infração acostado a fls. 150, que imputou as seguintes irregularidades cometidas pela parte autora:

a) deixar de informar, no prazo previsto na Resolução Normativa nº 171/2008, os reajustes aplicados em fevereiro/2011, nos planos coletivos ali elencados, bem assim reajustes em abril/2010 (item "d");

b) exigir, a partir de fevereiro/2011, reajuste da contraprestação pecuniária, nos planos ali elencados, aplicando percentuais de reajustes diferenciados entre os beneficiários vinculados a um mesmo plano;

c) aplicação de reajuste por variação de custo em periodicidade inferior a doze meses

Nesta senda, a celeuma teve início com a modificação implementada pela (...), que, em razão de déficit em suas contas, alterou os contratos vigentes, até então com sete faixas etárias, para dez, situação amparada pela Resolução Normativa nº 63/2003, fls. 05.

Contudo, como aos autos restou esclarecido e reconhecido pela própria parte autora, o aumento das grades etárias ensejou a majoração da mensalidade de alguns associados, embora outros tenham tido diminuição da obrigação, fls. 06, parágrafo segundo, situação que tal a esbarrar nos normativos da ANS.

Com efeito, a Resolução Normativa nº 195/2009, em seu art. 19, § 1º, estatui o conceito de reajuste, vedando sua implementação em periodicidade inferior a dozes meses, aquele sendo considerado como *qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato*:

Art. 19 Nenhum contrato poderá receber reajuste em periodicidade inferior a doze meses, ressalvado o disposto no *caput* do artigo 22 desta RN.

§1º Para fins do disposto no *caput*, considera-se reajuste qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato.

Nesta linha, nos termos da Ata nº 53, as mudanças nos planos de saúde oferecidos tinham por escopo a “recuperação financeira visando corrigir a defasagem existente entre as várias tabelas de mensalidades (61 ao todo), as quais vêm sendo praticadas nos planos distribuídos em 07 faixas etárias, migrando-as para 10 faixas etárias com valores mínimos a serem praticados e de acordo com a Resolução – RN nº 171, da ANS, e assim, proporcionar maior sustentabilidade para a Associação suportar os altos custos que assolam a Assistência à Saúde”, fls. 72, parte final.

Ou seja, há perfeita adequação da transformação praticada ao conceito de reajuste, pois diversos associados tiveram suas prestações majoradas, em razão do realinhamento, que tinha por objeto a recomposição da situação deficitária vivenciada pela (...): logo, não se tratou de mera readequação, mas de concreta variação positiva na prestação a ser paga pelos associados (reajuste).

Sobremais, reitere-se, a própria parte autora reconhece praticou reajustes ao assim se posicionar, fls. 13, primeiro parágrafo: “O realinhamento foi muito além de um simples reajuste, foi uma alteração de todos os contratos...”.

Por igual, restou constatado que os aumentos ocorreram em periodicidade inferior a doze meses, pois acrescidos os contratos de diversos planos em setembro/2010 e em fevereiro/2011, item conclusão, fls. 144, verso, 145, 147, bem assim em abril e dezembro/2010 e fevereiro/2011, fls. 146, verso, em direta vulneração ao *caput* do mencionado art. 19.

Destaque-se, em tal cenário, que a parte autora não prova que todos os reajustes aplicados se deram em razão de mudança de faixa etária, sendo exemplo claro de que descumpriu a RN o caso de Matheus Carlos Fernandes Carvalho, idade 0 (zero), que teve reajustado seu contrato em dezembro/2010 e em 02/2011, fls. 146, por este motivo inoponível o art. 22 da RN 195/2009:

Art. 22 O disposto nesta seção não se aplica às variações do valor da contraprestação pecuniária em razão de mudança de faixa etária, migração e adaptação de contrato à Lei nº 9.656, de 1998.

Frise-se, também, que a operadora não logra demonstrar comunicou a ANS dos reajustamentos realizados, nos termos da RN 171/2008:

Art. 15. Para fins do disposto no artigo 13 desta Resolução, deverá ser comunicada qualquer variação positiva, negativa ou igual a zero da contraprestação pecuniária, seja decorrente de reajuste, revisão ou da sua manutenção.

§1º A variação igual a zero de que trata o *caput* deste artigo se refere à manutenção do valor da contraprestação pecuniária após o prazo de 12 meses a contar do último reajuste.

§2º Para cada período de 12 meses deverá haver ao menos uma comunicação de reajuste, revisão ou manutenção da contraprestação pecuniária.

De seu giro, o art. 20 da RN 195/2009 prevê a impossibilidade de aplicação de percentuais diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato:

Art. 20 Não poderá haver aplicação de percentuais de reajuste diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato, inclusive na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 desta RN.

Por sua vez, o art. 3º da RN 63/2009 (*define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004.*) dispõe sobre a possibilidade de variação em cada mudança de faixa etária:

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

III – as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos. (Incluído pela RN nº 254, de 06/05/2011)

Ato contínuo, em que pese o aparente conflito normativo, há sutil diferença entre os textos, pois a vedação do retratado art. 20 se refere a *reajustes diferenciados dentro do mesmo plano*, sendo que os reajustes abordados pelo art. 3º têm relação com a *mudança de faixa etária*.

Em outras palavras, na hipótese de mudança de faixa etária não há óbice para que ocorra reajuste, todavia, os indivíduos “A” e “B”, na mesma faixa etária e gozando do mesmo plano “Z” de saúde, não poderão ter majorações distintas, esta a situação flagrada pela ANS, sem nada evidenciar em sentido contrário o polo autor, em maltrato ao inciso I, do art. 333, CPC.

Destarte, tal como restou demonstrado, a parte autora descumpriu as normas regulamentadoras de regência com seu modo de agir, ao passo que o estudo que realinhou as faixas etárias deveria ter atentado para a periodicidade, quando aquele reposicionamento somente poderia surtir efeitos tempos após.

Todavia, a necessidade financeira da operadora, situação indelevelmente descortinada à causa, promoveu reajustes sem observar o tempo necessário, bem assim tratou de forma desigual pessoas na mesma situação, deixando, também, de cumprir a obrigação de comunicar a Agência Nacional de Saúde, por estes motivos de insucesso sua pretensão.

Por sua face, a respeito da forma de correção da sanção aplicada, o art. 37-A, § 1º, Lei 10.522/2002, disciplina que será observada a legislação aplicável aos tributos federais:

Art. 37-A. Os créditos das autarquias e fundações públicas federais, de qualquer natureza, não pagos nos prazos previstos na legislação, serão acrescidos de juros e multa de mora, calculados nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Em tal segmento, o art. 61 da Lei 9.430/96 não deixa qualquer dúvida a respeito do modo como será atualizado o montante em questão:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Assim, observada a estrita legalidade para o caso em pauta, descabendo ao ente privado eleger a forma de correção da rubrica.

Por fim, prospera a tentativa da (...) de reduzir a multa aplicada com estamento no inciso II, do art. 8º, da RN 124/2006, porquanto aos autos não restou evidenciado “equivoco” na compreensão das normas, ao contrário, o reajuste das prestações foi plenamente estudado, tanto que contratada empresa de consultoria, afigurando-se cristalinas as determinações de necessidade de comunicação à ANS e de impedimento de reajustes diferenciados:

Art. 8º São circunstâncias que sempre atenuam a sanção:

II - ter o infrator incorrido em equívoco na compreensão das normas regulamentares da ANS, claramente demonstrada no processo;

Por conseguinte, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, tais como o art. 2º, RN 195/2009, art. 2º, III, RN 137/2006, art. 2º, RN 171/2008, arts. 2º e 3º, RN 63/2003, art. 5º, XXXIX, e 37, CF, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, com fulcro no artigo 269, I, CPC, sujeitando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), monetariamente atualizados até o seu efetivo desembolso, art. 20, CPC, com juros segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 267/2013, bem assim à complementação de custas processuais, fls. 20.

Após o trânsito em julgado, se mantido o presente desfecho, converta-se em renda da Agência Nacional de Saúde Suplementar o montante depositado a fls. 104, *até então suspensa a exigibilidade, como já ordenado e aqui ratificado.*

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO PENAL**0000704-24.2014.4.03.6104**

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: DANIELA RODRIGUES DOURADO AGUIRRE DE FARIA E VALTER FERREIRA DE FARIA JÚNIOR

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

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 09/04/2015

Vistos etc.

DANIELA RODRIGUES DOURADO AGUIRRE FARIA e VALTER FERREIRA DE FARIA JÚNIOR, qualificados nos autos, foram denunciados pelo Ministério Público Federal como incurso na conduta tipificada no artigo 171 do Código Penal.

Nos termos da denúncia (fls. 221/222), os réus, entre os dias 05/01/2014 a 10/01/2014, a bordo do navia “Costa Fascinosa”, obtiveram, para si ou outrem, vantagem ilícita no valor de US\$ 40.520,51 (quarenta mil, quinhentos e vinte dólares e cinquenta e um cents), em prejuízo da empresa Costa Cruzeiro e as lojas credenciadas no navio, induzindo ou mantendo-os em erro, mediante meio fraudulento consistente no uso de cartões de crédito clonados.

Os acusados teriam comprado as passagens do cruzeiro utilizando cartões falsos e, ainda, realizado diversas compras durante a viagem, também mediante cartões falsos/clonados.

A gerente de recepção da referida embarcação, Sra. Monica Laffin, compareceu na Delegacia de Polícia Federal em Santos/SP, relatando que recebeu notícia, da sucursal Costa Miami, de contestação do valor pago pelo bilhete do cruzeiro, com utilização de cartão de crédito American Expressa da passageira Daniela Faria, sendo solicitado cópia do cartão.

O casal ocupante da cabine 1002 informou no cadastro da “reserva-web” números de passaportes emitidos em nome de outras pessoas. Indagados sobre a compra dos bilhetes, os dois entraram em contradição, não retornando mais a bordo após a parada e desembarque em Ilhabela/SP.

O camareiro encontrou cartões de crédito escondidos em uma luminária da cabine. A American Express informou que os 03 (três) cartões utilizados pelos acusados estavam cancelados e haviam sido emitidos em nome de cidadãos americanos.

O Ministério Público Federal sustenta, ainda, que os acusados “são criminosos habituais” e já haviam sido presos anteriormente pela Polícia Federal em Uberlândia na posse de “mais de uma centena de cartões de crédito falsificados e maquinário específico para contrafações”.

Por fim, o Ministério Público Federal requereu a condenação dos acusados, arrolando 01 (uma) testemunha.

O inquérito policial foi instaurado em 13 de janeiro de 2014 (fls. 02/03), inicialmente distribuído perante a 6ª Vara Federal de Santos/SP, tendo a autoridade policial determinado diligências de investigação e a formação de autos complementares para juntada de documentos e laudos periciais (autos nº 0001829-27.2014.403.6104).

Com base nos elementos colhidos, a autoridade policial apresentou relatório parcial de investigação e representação pela decretação de prisão preventiva, cancelamento de passaportes e pela expedição de mandado de busca e apreensão em residência do casa localizada no Distrito Federal (fls. 146/150).

Por decisão de fls. 158/162 foi deferida em parte a representação formulada, sendo decretada a prisão preventiva dos acusados e determinada a expedição de mandado de busca e apreensão. Já o pedido de cancelamento de passaportes foi indeferido.

Em 27 de fevereiro de 2014 foi realizada a busca e apreensão deferida nos autos, no endereço Rua C, chácara 42, Colônia Agrícola Samambaia, Tabatinga Norte, Distrito Federal, sendo lavrados auto circunstanciado da diligência e auto de apreensão de diversos objetos, juntados às fls. 21/27 e 28/37 dos autos nº 0001829-27.2014.403.6104 (em apenso), respectivamente.

As prisões preventivas decretadas foram cumpridas, em 28 de fevereiro de 2014, pela Delegacia de Polícia Federal em Porto Seguro/BA (fls. 172/174 e 179/182).

Nos autos em apenso (nº 0001829-27.2014.403.6104), a autoridade policial representou, às fls. 51/52, para expedição de novo mandado de busca e apreensão no endereço Quadra 205, lote 01, sala 901, Edifício Quartier Center, Águas Claras, Distrito Federal. Após o deferimento judicial da medida (fls. 58/59), o mandado foi devidamente cumprido, em 20 de março de 2014, conforme fls. 106/132, com apenas um documento apreendido (fl. 133).

Em 27 de março de 2014, a autoridade policial apresentou relatório final de investigação (fls. 197/201), protestando pela posterior remessa dos termos dos interrogatórios policiais e dos materiais apreendidos no Distrito Federal.

O Ministério Público Federal oficiante em Santos/SP requereu o declínio da competência para este Juízo Federal de Caraguatatuba (fls. 203/204), em razão de Ilhabela/SP ter sido o primeiro porto em que tocou a embarcação, o que foi deferido por decisão de fl. 205.

Os autos foram recebidos neste Juízo em 07 de abril de 2014, e encaminhados ao órgão ministerial que apresentou denúncia.

Foi juntado o original do mandado de busca e apreensão no endereço Rua C, chácara 42, Colônia Agrícola Samambaia, Tabatinga Norte, Distrito Federal (fls. 241/262), que foi cumprido observando-se as formalidades legais, sendo consignado que “alguns itens foram apreendidos por amostragem tendo em vista sua grande quantidade dentro do imóvel. Priorizou-se na apreensão a vinculação provável com os fatos apurados”.

Mesmo que por amostragem, foi apreendida grande quantidade de objetos, como cartões de créditos e magnéticos (06), documentos diversos (14), bebidas importadas (25), relógios (18), cosméticos e perfumes (24), óculos (14), carteiras e bolsas (06), aparelhos eletrônicos (13), peças de roupas (09) e telefones celulares (02), todos novos e de marcas famosas/de alto luxo, devidamente descritos no auto de nº 79/2014 de fls. 253/262.

A diligência de busca e apreensão também foi documentada com fotos (fls. 248/252), pelas quais se verifica que os objetos que não foram apreendidos, todos novos e embalados, como TV LED, fogão de mesa, adega climatizada, batedeira, fogão, geladeira, bicicletas e equipamentos de ar-condicionado (03).

A denúncia foi recebida em 24 de abril de 2014 (fls. 264/265).

A pesquisa no sistema WEBSERVICE, realizada pela secretaria do Juízo (fls. 267/277) localizou seis CPFs em nome de Daniela (036.929.471-86, 054.845.861-86, 121.418.177-57, 265.794.908-88, 829.148.691-34 e 055.001.721-66) e cinco CPFs em nome de Valter (744.599.111-00, 054.964.811-98, 066.212.191-05, 037.639.401-38 e 017.390.040-27), com sobrenome e/ou filiação e/ou datas de nascimento diversos. Alguns cancelados/suspensos ou nulos (036.929.471-86, 054.845.861-86, 121.418.177-57, 744.599.111-00, 054.964.811-98 e 017.390.040-27) e outros com situação cadastral regular, três em nome de Daniela (265.794.908-88, 829.148.691-34 e 055.001.721-66) e dois em nome de Walter (066.212.191-05 e 037.639.401-38).

A Secretaria providenciou pesquisa de antecedentes, histórico criminal dos acusados e certidões juntadas às fls. 278/305.

Na pesquisa em nome de Daniela, foram localizados quatro processos criminais em pesquisa perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sendo dois em Brasília (nº 2013.01.1.182203-6 e 2013.01.01.103236-6) e dois em Taguatinga (nº 2012.07.1.004196-6 e nº 2013.07.1.000943-5).

Juntadas a certidão de processo nº 2013.01.1.182203-6 da 2ª Vara Criminal de Brasília (fl. 279), o andamento processual do Processo nº 2013.01.01.103236-6 da 7ª Vara Criminal de Brasília (fls. 280/281), a informação processual do processo nº 2012.07.1.004196-6 da 1ª Vara Criminal de Taguatinga (fl. 282), processo que também responde o corréu Valter. Todos os processos versam sobre a acusação de prática de estelionato e não consta sentença proferida nos mesmos.

Também foram localizadas duas execuções penais em face de Daniela em tramitação perante a Vara de Execuções Penais do Distrito Federal (autos nº 00575014120138070015 e nº 01069957420108070015), com unificação de penas (fls. 283/285).

Em relação ao acusado Valter, foram localizados três processos criminais em pesquisa perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sendo dois em Brasília (autos nº 2013.01.1.182203-6 – fl. 287 e 2013.01.1.103236-6 – fl. 288) e um em Taguatinga (autos nº 2013.07.1.000943-5), além dos autos nº 2012.07.1.004196-6 – 1ª Vara Criminal de Taguatinga (fl. 282), acima já citado. Os mesmos processos respondidos por Daniela.

Também foram localizadas duas execuções penais em face de Valter em tramitação perante a Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal (autos nº 01070043620108070015 e nº 00649167520138070015), com andamento conjunto (fls. 289/290).

Extrato de termo de audiência realizada em 05/02/2014, nos autos do processo nº 2013.07.1.000943-5 (1ª Vara Federal de Taguatinga), em que constam como réus Daniela, Valter e outro, na qual foi decreta a revelia dos réus, e decisão de 14/02/2014 (fls. 291/292). Tal processo também versa sobre acusação de prática de estelionato.

Juntada de cópia de sentença proferida pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, em 27 de setembro de 2013, nos autos do processo nº 0085042-24.2008.8.05.0001, na qual houve condenação de Valter e Daniela, ambos a três anos e oito meses de reclusão e trinta e seis dias-multa, pelos delitos previstos no artigo 171, *caput*, c/c art. 14, II, com o artigo 171, VI, e com o art. 299, todos do Código Penal (fls. 293/295-verso). Não há notícia de eventual trânsito em julgada da referida condenação (fls. 296/298).

Localizado também o processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 perante a 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG (fls. 299/304), constando como réus Valter e Daniela, processados por estelionato. Naquele feito foi proferida sentença, em abril de 2013, condenando Valter a 04 anos e 01 mês de reclusão e 30 dias-multa, e Daniela a 05 anos e 04 meses de reclusão e 43 dias-multa. Houve trânsito em julgado da sentença em 29/04/2013, sendo expedidas guias de execução das penas, que foram registradas sob nº 0028864-88.2013.8.13.0702 (Valter) e nº 0028880-42.2013.8.13.0702 (Daniela).

Folha de antecedentes INI/DPF de Daniela e Valter juntados às fls. 339/343 e 345/348, respectivamente, com anotações, sendo solicitadas certidões dos processos indicados.

Juntadas certidões de antecedentes criminais da Comarca de Uberlândia em nome de Daniela (fl. 350) e em nome de Valter (fls. 353/354-verso), constando de relevante o processo

nº 0658191-63.2012.8.13.0702, já acima referido.

Juntada certidão do processo nº 01070043620108070015 (nº antigo 20100112310744) – execução penal – em nome de Valter, da Vara das Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal (fls. 356 e verso), constando como processos de origem nº 20050110049292 (1ª Vara Criminal de Brasília) e nº 070212065819-1 (3ª Vara de Uberlândia/MG).

Juntada certidão de inteiro teor da ação penal nº 2013.07.1.000943-5, constando como denunciados Daniela, Valter e outros, da 1ª Vara Criminal de Taguatinga (fl. 358).

Juntada certidão da ação penal nº 2005.01.1.004929-2, em nome de Valter, da 1ª Vara Criminal de Brasília, com transito em julgado e guia de execução expedida, gerando o número de registro 01070043620108070015 perante a Vara das Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal (fl. 376).

Juntada certidão da ação penal nº 2005.01.1.004929-2, em nome de Daniela, da 1ª Vara Criminal de Brasília, com transito em julgado e guia de execução expedida, gerando o número de registro 01069957420108070015 perante a Vara das Execuções Penais do Distrito Federal (fl. 376-verso).

Extrato de andamento processual e certidão de objeto e pé do Termo Circunstanciado nº 2004.01.1.019944-0 do Segundo Juizado Especial Cível e Criminal de Brasília – Criminal (Guará). Naquele feito foi determinado o arquivamento nos termos do artigo 107, V, do Código penal, por renúncia tácita ao direito de queixa pela vítima (fls. 379/380).

Juntada de ofícios do Instituto de Identificação do Governo do Distrito Federal, informando as pesquisas realizadas em relação à eventual diversidade de registros de identidade em nome de Valter (fls. 381/386) e Daniela (fls. 386/391).

A Polícia Federal em Porto Seguro encaminhou planilhas de identificação datiloscópica, cópia de CNH e fotografias de Valter, então custodiado no Conjunto Penal de Eunápolis/BA (fls. 392/397).

Em 03/06/2014, foi apresentado pedido de revogação da prisão preventiva dos acusados (fls. 412/431), por advogada constituída, e resposta à acusação (fls. 432/446), sendo determinada a vista ao MPF (fl. 446).

Às fls. 450/465 sobreveio aos autos carta precatória policial, cumprida pela Delegacia de Polícia Federal em Porto Seguro/BA, onde foi realizado o interrogatório, identificação criminal, e boletim de vida pregressa de Daniela e Valter, em razão do indiciamento policial.

Indeferido o pedido de liberdade e determinado o prosseguimento do feito com designação de audiência nos termos do artigo 400 do Código de Processo Penal (fls. 474/482).

Juntada carta precatória para intimação e citação, 09/05/2014, do réu Valter, que declarou ter condições de constituir defensor de sua confiança (fls. 510/511).

Juntada certidão do inquérito policial nº 2011.07.1.012352-8, que tramitou perante a 2ª Vara Criminal de Taguatinga, com arquivamento em 18/09/2012 (fl. 515).

Novo ofício do Instituto de Identificação do Governo do Distrito Federal, trazendo novas informações a respeito da identificação do corréu Valter (fls. 518/520).

Folhas de antecedentes fornecidas pelo IIRGD/SP de Daniela (fl. 532 e verso), constando apenas o presente feito.

Às fls. 535/539 foram juntadas folhas de antecedentes dos réus perante a Gerência de Identificação da Polícia Civil do Estado de Goiás, indicando o presente feito e a existência de inquérito policial instaurado pela delegacia de polícia de Caldas Novas, em 18/09/2012, para

apurar crime contra a fé pública, não sendo fornecidos outros detalhes.

A Polícia Federal em Porto Seguro encaminhou planilhas de identificação datiloscópica, cópia do RG e do interrogatório policial de Daniela, a época custodiada no Conjunto Penal de Teixeira de Freitas/BA (fls. 561/566).

Folhas de antecedentes fornecidas pelo IIRGD/SP de Daniela (fl. 568 e verso), constando apenas o presente feito.

Carta precatória para intimação e citação da ré Daniela devidamente cumprida, com citação em 01/07/2014 (fls. 584/585), declarando ter condições de constituir defensor de sua confiança.

O Ministério Público Federal desistiu da oitiva da testemunha Mônica Laffin (fl. 591), não localizada para intimação.

À fl. 596 juntada de certidão dos autos nº 01069957420108070015 (antigo nº 20100112310736), da Vara das Execuções Penais do Distrito Federal, constando como executada Daniela, com unificação das penas fixadas nos processos nº nº 20050110049292 (1ª Vara Criminal de Brasília) e nº 070212065819-1 (3ª Vara de Uberlândia/MG).

Os advogados constituídos pelos acusados renunciaram ao mandato outorgado em 01/08/2014, nos termos da petição de fl. 597 (fax) e original de fl. 598.

Pelo Juízo foi proferida decisão nomeando defensor dativo para a defesa dos réus (fl. 599), que intimado aceitou o encargo (fl. 600).

Recebido neste Juízo os objetos e materiais apreendidos no cumprimento do mandado de busca e apreensão (fls. 602/612) e juntados os originais da diligência (fls. 613/625), sendo lavrado termo circunstanciado de recebimento (fls. 626/327), estando recolhidos e guardados no depósito judicial.

Em 13 de agosto de 2014, foi realizada audiência neste Juízo, com a presença dos acusados e do defensor dativo nomeado, momento em que foi homologada a desistência da oitiva da testemunha arrolada pela acusação e procedido o interrogatório dos acusados. Pela defesa foi reiterado o pedido de liberdade provisória dos acusados, que foi deferido mediante o pagamento de fiança e aplicação de medidas cautelares (fls. 636/646).

Interrogado (fls. 642/644), o réu Valter declarou os números corretos de seu RG (5.526.891 – GO) e CPF (nº 066.292.191-05), e fez breve relato de seu relacionamento com Daniela, a existência de filha menor comum, das atividades de trabalho exercidas anteriormente e de seu histórico criminal.

Em relação aos fatos tratados na denúncia, confessou a prática do delito, declarando:

...Que através de uma pessoa chamado Adriano tomou conhecimento das formas de compra de cartão clonado. Que o interrogando e sua esposa acessavam um site no qual as informações dos cartões clonados eram passadas através de pagamento de 25 dólares cada um. Que com os dados do cartão Adriano enviava o cartão já confeccionado, com tarja de informação magnética. Que utilizavam basicamente cartões da American Express, que não tinha CHIP e não precisavam de senha, e sim tarja magnética. Que não se recorda do nome do site em que as informações eram compradas. Que o acesso ao site era feito por Daniela. Que não tem mais informações sobre Adriano. Que sabe apenas que Adriano morava em Brasília e depois morou em São Paulo. Que o casal comprou o cruzeiro do navio “Costa Fascinosa” através de cartão American Express clonado. Que a viagem era programada para seis dias. Que de fato gastaram com o cartão de crédito clonado as despesas elencadas às fls. 22 à 37. Que quando informado pela gerente do navio sobre a contestação da compra do pacote turístico

pelo cartão, o casal optou por desembarcar do navio em Ilhabela, deixando todas as compras e pertences pessoais para trás. Que de Ilhabela foram para Guarulhos e retornaram para Brasília. Que posteriormente venderam pacotes turísticos para carnaval em Porto Seguro. Que o casal também foi para Porto Seguro, comprando seu pacote com cartão clonado. Que antes da chegada em Porto Seguro, a mãe do interrogando informou-lhe da busca e apreensão ocorrida em sua residência em Brasília/DF. Que foram apreendidos objetos que haviam sido comprados no navio, mas outras de propriedade do interrogando. Que foram presos em Porto Seguro. Que a viagem de cruzeiro tinha como objetivo levantar recursos dívidas que já estavam pendentes da agência de viagem, como aluguel, água, luz, etc. Grifos acrescentados.

Em seguida, foi interrogada a corré Daniela (fls. 645/646), que fez breve relato de seu relacionamento com Valter, a existência de filha menor de oito anos, das atividades de trabalho exercidas anteriormente e de seu histórico criminal, inclusive ter ficado preso por oito meses em Uberlândia/MG.

Também confessou a prática do delito, declarando:

... Que obtinham as informações dos cartões clonados através de um mercado negro de informações na internet. Que o acesso aos sites pode obtido através de busca no google através na palavra “track”, ou “to buy track” ou “to buy CVV”. Que os sites são hospedados na Rússia e Ucrânia, e alguns nos Estados Unidos. Que em tais sites pode se encontradas as informações dos cartões clonados. Que tais informações podem ser compradas nos referidos sites por cerca de 25 dólares. Que foi Adriano Oliveira que ensinou a manobra para a interroganda e seu marido. Que o casal comprava informações dos clonados via site da internet, enviava tais dados a Adriana que confeccionava os cartões com os nomes ora acusados. Que o casal utilizava somente os cartões American Express. Que usavam basicamente cartões com seus próprios nomes. Que após saírem da prisão em Uberlândia em junho de 2013, tentaram encontrar emprego, mas não conseguiram. Que no final do referido ano, abriram uma agência de viagens. Reencontram Adriano que expôs a possibilidade de utilização de cartões clonados na temporada de cruzeiros. Que toparam a empreitada no cruzeiro em um momento de fraqueza. Que o objetivo era de fazer compras de produtos com cartão clonado para posterior revenda. Que de fato compraram o pacote do cruzeiro, através de cartão clonado, e efetuaram as compras discriminadas nas fls. 22 à 37, também com cartão clonado. Que a quase totalidade das compras efetuadas ficaram no navio, assim como seus pertences, quando o casal desceu em Ilhabela e não retornou mais. Que Valter deixou inclusive os cartões clonados na luminária da cabine...

...

que Adriano recebia por cartão fornecido cerca de 10 dólares, que tal valor era pago por moeda virtual. Grifos acrescentados.

Terminados os interrogatórios, foi dada a palavra às partes para manifestação nos termos do artigo 402 do Código de Processo Penal, nada sendo requerido (fl. 676).

Em seguida, foi determinada a abertura de vista ao Ministério Público Federal e à defesa, sucessivamente, para apresentação de memoriais.

Os acusados recolheram o valor fixado a título de fiança (fls. 652/643), sendo expedidos alvarás de soltura clausulados. O réu Valter foi colocado em liberdade em 15/08/2014, assinado termo de compromisso (fls. 677/679), enquanto Daniela foi colocada em liberdade em 20/08/2014 (fls. 682 e 693/694-verso), após a tomada das medidas administrativas prisionais cabíveis e a verificação se por outro motivo não deveria permanecer presa.

Com a soltura dos réus, foi expedida carta precatória para a Comarca de Taguatinga/DF,

deprecando a fiscalização do cumprimento das medidas cautelares fixadas (fl. 697).

Juntadas folhas de antecedentes emitidas em nome dos réus pela Secretaria de Segurança Pública da Bahia (fls. 699/702), constando a existência, além do presente feito, do processo nº 2005360-9/2008 – 2ª Vara Criminal de Salvador-BA, sem maiores informações.

Termo de compromisso da acusada Daniela assinado em 18 de agosto de 2014 (fl. 707).

A Delegacia de Polícia Federal em Santos/SP encaminhou os materiais apreendidos na cidade de Santos, em 11 de janeiro de 2014. Tais objetos foram coletados no interior da cabine 1002 do navio Costa Fascinosa, abandonados pelos réus. Lavrado termo circunstanciado de recebimento do material (fls. 714/716) estando recolhidos e guardados no depósito judicial.

Em complementação, após diligência da Secretaria (fl. 730), a mesma Delegacia encaminhou 06 cartões de crédito apreendidos, localizados na luminária da cabine 1002, sendo lavrado termo de recebimento (fls. 732/735) com acautelamento no depósito judicial.

O Instituto de Identificação João de Deus Martins, vinculado ao estado do Piauí, encaminhou informações criminais e folha de antecedentes da acusada Daniela (fls. 739/744), indicando 07 (sete) ocorrências, que já constavam das folhas de antecedentes anteriormente juntadas.

A corré Daniela apresentou “justificativa de ausência”, pela qual informou o descumprimento das medidas cautelares fixadas e apresentou sua justificativa (fls. 745/747).

Expedida carta precatória para intimação do representante legal da Costa Fascinosa para manifestação sobre interesse na restituição dos bens apreendidos nos autos (fls. 748 e 749).

Em 18/11/2014, foi apresentado pedido de restituição de objetos apreendidos por Sonia Maria Goncalves de Faria, genitora do acusado Valter, que foi distribuído por dependência a este autos, e registrado sob nº 0001007-42.2014.403.6135.

A Segunda Vara de Precatórias do Distrito Federal encaminhou ofício de fl. 754 informando que Daniela não foi localizada no endereço fornecido e que Valter continuava a cumprir regularmente as medidas cautelares fixadas.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação (fls. 756) pela decretação da prisão preventiva de Daniela em face do descumprimento das medidas cautelares impostas, assim como juntou memoriais.

Em sede de memoriais (fls. 757/758-verso), o Ministério Público Federal postulou pela procedência da ação penal com a condenação dos acusados pela prática de estelionato. Sustentou, em síntese, que comprovada a materialidade do delito, “por meio da contestação de uso do cartão de crédito, sobre o valor pago para emissão do bilhete do cruzeiro”, e que os cartões de crédito localizados na cabine 1002 do navio Costa Fascinosa tinham sido “cancelados e emitidos em nome de pessoas dos Estados Unidos da América”. Também entendeu comprovadas as autorias pela confissão dos réus e pelas provas colhidas que dão conta de que os réus “tinham total conhecimento da ilicitude do ato e mesmo assim obtiveram para si ou para outrem, vantagem indevida no valor de USD\$ 40.521,51”.

Por decisão de fls. 761, este Juízo decretou a quebra da fiança prestada pela ré Daniela, revogou a liberdade provisória concedida e decretou a prisão preventiva, por descumprimento das condições fixadas na liberdade provisória anteriormente concedida. Mandado de prisão preventiva expedido à fl. 763, não cumprido até o momento.

A empresa Costa Cruzeiros juntou procuração nos autos (fls. 776/779), mas não apresentou qualquer manifestação a respeito de eventual restituição (fl. 912).

A defesa dos acusados apresentou memoriais com documentos (fls. 903/911). Após breve

relato dos fatos, asseverou que os réus confessaram o delito praticado, requerendo seu reconhecimento e a aplicação da circunstância atenuante. Sustentou que o delito cometido não foi praticado com violência ou grave ameaça e buscou esclarecer os motivos do descumprimento por Daniela das medidas cautelares fixadas. No mérito, requereu a absolvição dos acusados, sustentando “a precariedade das provas apresentadas, a ausência de autoria e da tipicidade dos fatos” e, em caso de condenação, a aplicação do artigo 44 do Código penal. Por fim, requereu a revogação do mandado de prisão expedido.

Expedido ofício nº 23/2005-SECA (fls. 913) à CEF para conversão da metade do valor da fiança prestada por Daniela em favor da União, em razão da quebra da fiança.

Os autos vieram à conclusão para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

O Ministério Público Federal requer a condenação dos réus por incursos nas condutas descritas no artigo 171 do Código Penal, a saber:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Não havendo preliminares a apreciar, regulares os pressupostos processuais e condições da ação, e tendo o processo tramitando observando-se o devido processo legal e a ampla defesa, passo a análise do mérito.

A materialidade delitiva está devidamente comprovada.

Houve efetivamente utilização de cartões de crédito inidôneos pelos acusados com o fito de adquirir as passagens do cruzeiro, pagar as despesas e realizar compras dentro da embarcação.

Em depoimento prestado perante a Delegacia de Polícia Federal, em 11/01/2014, a gerente de recepção do navio Costa Fascinosa, Sra. Monica Laffin, declarou (fls. 04/05):

... Que ontem pela manhã recebeu uma mensagem eletrônica da COSTA MIAMI – representante nos EUA – solicitando cópia do cartão de crédito american expressa da passageira DANIELA FARIA, uma vez que havia contestação do valor pago pelo bilhete de cruzeiro; Que enviou mensagem à passageira pela TV interativa e também mensagem escrita na porta da cabine; QUE, por volta da 10:45hs, DANIELA ligou e recebeu as expelicações da declarante sobre a necessidade de verificação dos cartões de crédito; QUE por volta das 11:15hs Daniela e valter compareceram na recepção e foram indagados sobre eventual pedido de cancelamento do cartão e da compra dos bilhetes;...

... QUE solicitou os cartões para tirar cópia, sendo que apenas DANIELA trouxe o cartão, isto por volta das 14:30, dizendo que não poderia apresentar o cartão do marido naquele momento, pois ele não estava se sentindo bem;...

... QUE verificaram que o casal fez inúmeras compras durante o cruzeiro, totalizando aproximadamente o valor de U\$ 34.000 dólares; QUE também há o valor do cruzeiro de aproximadamente U\$ 6.500 dólares;... Grifos acrescidos.

Além disso, o Comandante da Costa Fascinosa encaminhou relatório com documentos, indicando a contestação do pagamento pela American Express, os prejuízos sofridos, bem

como cópia dos cartões localizados no navio (fls. 121/145).

A operadora American Express rejeitou o pagamento do valor referente à compra do cruzeiro (USD\$ 6.512,28), assim como rejeitou e bloqueou os pagamentos realizados durante o cruzeiro na compra de produtos e serviços, pelos acusados Valter (USD\$ 13.082,69) e Daniela (USD\$ 20.295,54), em um total de USD\$ 40.520,51 (quarenta mil, quinhentos e vinte dólares e cinquenta e um centavos de dólar).

Relatório discriminou as despesas de Valter (fls. 125/132) e Daniela (fls. 133/140), sempre utilizando para pagamento cartões American Express inidôneos. Em diligências realizadas pela Polícia Federal, verificou-se que os cartões apreendidos de número 371758891465001 e 371758369081009 (cópia fl. 143) com o nome Valter Faria grafado, foram originariamente emitidos em nome de Michael D Halil e Anthony M Aquilina, respectivamente (fl. 148).

Também resta comprovado que, após a obtenção de cartão de crédito clonado, foram incluídos os nomes de Daniela e Valter a fim de aparentar regularidade e possibilitar sua utilização, levando e mantendo em erro a quem o recebeu para pagamento.

Assim, com a utilização dos cartões de crédito “clonados”, para a compra de passagens de cruzeiro e artigos de luxo, bem como para despesas de consumo, gerando vantagem ilícita em benefício próprio, induzindo ou mantendo alguém em erro, no caso a operadora do navio, resta comprovada a materialidade do delito descrito no artigo 171 do Código Penal, nos termos do enquadramento legal da denúncia.

As provas colhidas convergem para a certeza da materialidade do delito de estelionato (artigo 171 do Código Penal).

A autoria também se encontra devidamente comprovada.

As provas colhidas nos autos indicam a responsabilidade pessoal dos réus Walter e Daniela na utilização dos cartões “clonados” para o pagamento da passagem do cruzeiro, dos artigos de luxo comprados e das despesas durante a viagem.

Conforme se verifica dos depoimentos da gerente de recepção do navio na fase policial, os acusados usufruíram do cruzeiro e adquiriram produtos e serviços.

Além disso, questionados sobre a negativa da operadora de cartão de crédito em relação ao pagamento das passagens do cruzeiro, os acusados se evadiram do navio no primeiro porto, Ilhabela, abandonando o cruzeiro marítimo, deixando para trás vários objetos em sua cabine. Na referida cabine também foram encontrados, escondidos dentro da luminária, cartões de crédito inidôneos.

Em relação a este ponto, declarou a gerente de recepção do navio perante a autoridade Policial (fls. 04/05):

... QUE no momento da “partenza” (partida) verificou que este dois passageiros não retornaram à bordo; QUE foram executados todos os procedimentos de chamada e tentativa de contato com os números de emergência, quais sejam: Cel. 61-99420172, 61-99881315 e 13325452545 e não logrou êxito em falar com o casal; QUE o casal ficou na cidade de Ilha Bela...

...

...QUE os passageiros deixaram diversos pertences na cabine (1002) e estes materiais serão apresentados para serem apreendidos.... Grifos acrescidos.

Os réus tinham total consciência do delito que estavam cometendo, visto que inclusive se evadiram do local, assim que descobertos.

Mesma conclusão se extrai dos seus interrogatórios em Juízo (fls. 642/644 e 645/646), no qual reconheceram a prática do delito, confessando-o, e dando alguns detalhes e informações de como obtiveram o material para tal prática e modo de proceder.

Os acusados tinham total consciência do que faziam, atuavam com desenvoltura e “profissionalismo”. Tal conduta, conforme extensa folha de antecedentes juntadas aos autos, não se trata de ato isolado em suas vidas, mas modo de proceder e meio de vida, visto que, mesmo desempregados, mantinham alto padrão de vida.

Ademais, nas circunstâncias, lhes era possível agir conforme o ordenamento jurídico, não o fazendo de forma livre e consciente.

Não há qualquer elemento nos autos que indique se tratar de incautos ou pessoas de poucos conhecimentos. Pelo contrário, são empresários no ramo de turismo, com experiências profissionais anteriores, demonstrando desenvoltura e naturalidade no delito praticado.

Tanto que após se evadirem do navio, foram presos pouco tempo depois em viagem na Bahia, onde também estavam utilizando outros cartões clonados para pagamento de suas despesas.

Tais atitudes denotam expressiva reiteração da conduta criminosa, mesmo após as condenações anteriores, inclusive com execução de pena em andamento, em total desprezo e desrespeito ao ordenamento jurídico.

Em síntese, os fatos narrados na denúncia foram integralmente comprovados, assim como a autoria por parte dos acusados.

Estabelecidas tais premissas e comprovadas as autorias e materialidade, *passo a fixar a pena restritiva de liberdade e pecuniária dos réus* nos termos do artigo 68 do Código Penal, em vista da necessidade e da suficiência para a reprovação e prevenção do crime.

Em relação ao acusado Valter Ferreira de Faria Júnior.

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigos 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas, nas quais constam diversos apontamentos.

Apesar de indicar a existência de inquéritos policiais e ações penais em curso, não se pode considerá-los na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Dentre os apontamentos passíveis de análise para tal fim, destacam-se os seguintes processos:

- Processo nº 0085042-24.2008.8.05.001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA) em que foi proferida a sentença condenatória, em setembro de 2013, como incurso nos crimes descritos no artigo 171, *caput* e VI e artigo 299, todos do CP, sem trânsito em julgado, e data dos fatos em junho de 2007 (fls. 293/295-verso);

- Processo nº 2005.01.1.004929-2 (1ª Vara Criminal de Brasília) em que foi proferida sentença condenatória, em 25 de abril de 2008, como incurso nos crimes descritos nos artigos 304 e 171, ambos do CP, com trânsito em julgado em 12/05/2008, e data dos fatos em 21/05/2005 (fl. 376); e

- Processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 (3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG) em que foi proferida sentença condenatória em 29 de abril de 2013, com incurso nos crimes descritos nos artigos 171, *caput*, e 297, ambos do CP, com trânsito em julgado em 29/04/2013, sem constar a data dos fatos (fl. 350).

Cumpra asseverar que os maus antecedentes verificados, não implicam, por si, na existência da reincidência. Não se pode considerar o mesmo fato para fins de reincidência e maus antecedentes simultaneamente. No entanto, o acusado Valter Ferreira de Faria Júnior é reincidente e possui maus antecedentes em virtude de fatos diversos.

A sentença condenatória proferida no processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702, com trânsito em julgado em 29/04/2013, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG, não pode ser considerada neste momento do procedimento de fixação da pena. A referida condenação é geradora de reincidência, pois o delito apurado foi praticado entre 05/01/14 e 10/01/14, não havendo transcurso do prazo de cinco anos entre o trânsito em julgado da condenação anterior e a prática de novo delito.

Assim, conforme certidões dos processos nº 0085042-24.2008.8.05.001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA) e nº 2005.01.1.004929-2 (1ª Vara Criminal de Brasília), somente tais condenações devem ser consideradas maus antecedentes para fins de fixação da pena base nos termos do artigo 59 do Código Penal.

No que tange à *culpabilidade* foi normal à espécie.

Em relação à *conduta social*, a avaliação desta circunstância não é favorável ao acusado. O seu histórico de antecedentes e os diversos locais onde cometeu delitos (Brasília, Ilhabela, Uberlândia e Salvador) demonstram que a prática de estelionato com utilização de cartões de crédito clonados tornou-se meio de vida e subsistência do acusado e sua esposa. Apesar de serem maiores, capazes e saudáveis, optaram por ganhar a vida enganando e tirando proveito dos outros.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

Não verifico a existência de *circunstâncias do crime* que possam fundamentar uma majoração na pena a pena básica do acusado.

Quanto à *personalidade do agente*, o golpe reiteradamente aplicado pelo casal requer ousadia e muito sangue frio. Em menos de quadro dias, gastaram 40.520,51 dolares em um cruzeiro marítimo, adquirindo mercadorias de alto luxo. Quando correram o risco de serem pegos, abandonaram o navio no primeiro porto. O comportamento denota experiência na reiterada prática do mesmo golpe. Somente uma personalidade já voltada para a prática criminosa é capaz praticar um golpe com tal frieza.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta que pudesse contribuir para o cometimento do delito, pelo contrário, quando soube da rejeição do pagamento pela operadora do cartão de crédito, tomou pronta providência para apurar o ocorrido.

Em relação às *consequências do crime*, nada a valorar. O conjunto probatório não apontou consequência adicional além daquelas implícitas no tipo penal e já consideradas pelo legislador na fixação da pena em abstrato.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, especialmente os maus antecedentes, a personalidade e a conduta social do agente, fixo a pena-base acima mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 02 (dois) anos e seis meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de

liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 180 (cento e oitenta) dias-multa.

Tendo em vista que o réu denomina-se empresário, atualmente sem ocupação, arbitro cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a análise das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante aos crimes previstos.

O acusado é reincidente, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação à condenação pelo mesmo delito transitada em julgado em 29/04/2013 proferida nos autos processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 da 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG.

Reconheço também a atenuante da confissão ao acusado Valter, pois confessou o delito em interrogatório judicial, nos termos do artigo 65, d, do Código Penal. No entanto, tal confissão deve ser recebida com ressalvas, visto que negada a autoria do delito no interrogatório policial, só havendo o reconhecimento após o processo ter sido devidamente instruído, com provas cabais tanto da materialidade quanto da autoria. Ademais, não esclareceu sobre quem forneceu os cartões de crédito clonados.

Havendo concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, deve-se aplicar a regra prevista no artigo 67 do Código Penal que dispõe:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Grifei.

Assim, no caso em apreço, considerando também as limitações da confissão acima apontadas, há preponderância reincidência, devendo a pena ser acrescida em apenas 2/6 (dois sextos) para melhor individualização da pena, passando a pena para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, não há causa diminuição ou aumento de pena.

Considerando a inexistência de causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva do acusado Valter Ferreira de Faria Júnior em:

- 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado reincidente deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido. Não vislumbro a excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo *o regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, “a”, e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada e reincidência em crime doloso da mesma espécie, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena,

nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

Em relação à acusada Daniela Rodrigues Dourado Aguirre de Faria.

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigo 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas, nas quais constam diversos apontamentos.

Apesar de indicar a existência de inquéritos policiais e ações penais em curso, não se pode considerá-los na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Dentre os apontamentos passíveis de análise para tal fim, destacam-se os seguintes processos:

- Processo nº 0085042-24.2008.8.05.001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA) em que foi proferida a sentença condenatória em setembro de 2013, com incurso nos crimes descritos no artigo 171, *caput* e VI e artigo 299, todos do CP, sem trânsito em julgado, e data dos fatos em junho de 2007 (fls. 293/295-verso);

- Processo nº 2005.01.1.004929-2 (1ª Vara Criminal de Brasília) em que foi proferida sentença condenatória em 25 de abril de 2008, com incurso nos crimes descritos nos artigos 304 e 171, ambos do CP, com trânsito em julgado em 12/05/2008, e data dos fatos em 21/05/2005 (fl. 376); e

- Processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 (3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG) em que foi proferida sentença condenatória em 29 de abril de 2013, com incurso nos crimes descritos nos artigos 171, *caput*, e 297, ambos do CP, com trânsito em julgado em 29/04/2013, sem constar a data dos fatos (fl. 350).

Cumprasseverar que os maus antecedentes verificados, não implicam, por si, na existência da reincidência. Não se pode considerar o mesmo fato para fins de reincidência e maus antecedentes simultaneamente. No entanto, a acusada Daniela Rodrigues Dourado Aguirre de Faria é reincidente e possui maus antecedentes em virtude de fatos diversos.

A sentença condenatória proferida no processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702, com trânsito em julgado em 29/04/2013, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG, não pode ser considerada neste momento do procedimento de fixação da pena. A referida condenação é geradora de reincidência, pois o delito apurado foi praticado entre 05/01/14 e 10/01/14, não havendo transcurso do prazo de cinco anos entre o trânsito em julgado da condenação anterior e a prática de novo delito.

Assim, conforme certidões dos processos nº 0085042-24.2008.8.05.001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA) e nº 2005.01.1.004929-2 (1ª Vara Criminal de Brasília), somente tais condenações devem ser consideradas maus antecedentes para fins de fixação da pena base nos termos do artigo 59 do Código Penal.

No que tange à *culpabilidade* foi normal à espécie.

Em relação à *conduta social*, a avaliação desta circunstância não é favorável à acusada. O seu histórico de antecedentes e os diversos locais onde cometeu delitos (Brasília, Ilhabela, Uberlândia e Salvador) demonstram que a prática de estelionato com utilização de cartões de crédito clonados tornou-se meio de vida e subsistência da acusada e seu marido. Apesar de serem maiores, capazes e saudáveis, optaram por ganhar a vida enganando e tirando proveito dos outros.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

Não verifico a existência de *circunstâncias do crime* que possam fundamentar uma majoração na pena a pena básica do acusado.

Quanto à *personalidade do agente*, o golpe reiteradamente aplicado pelo casal requer ousadia e muito sangue frio. Em menos de quadro dias, gastaram 40.520,51 dolares em um cruzeiro marítimo, adquirindo mercadorias de alto luxo. Quando correram o risco de serem pegos, abandonaram o navio no primeiro porto. O comportamento denota experiência na reiterada prática do mesmo golpe. Somente uma personalidade já voltada para a prática criminosa é capaz praticar um golpe com tal frieza.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta que pudesse contribuir para o cometimento do delito, pelo contrário, quando soube da rejeição do pagamento pelo operadora do cartão de crédito, tomou pronta providência para apurar o ocorrido.

Em relação às *consequências do crime*, nada a valorar. O conjunto probatório não apontou consequência adicional além daquelas implícitas no tipo penal e já consideradas pelo legislador na fixação da pena em abstrato.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias acima analisadas, especialmente os maus antecedentes, a conduta social e a personalidade da agente, fixo a pena-base acima mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 180 (cento e oitenta) dias-multa.

Tendo em vista que o réu denomina-se empresário, atualmente sem ocupação, arbitro cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a verificação das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante aos crimes previstos.

A acusada é reincidente, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação à condenação pelo mesmo delito transitada em julgado em 29/04/2013 proferida nos autos processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 da 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG.

Reconheço também a atenuante da confissão à acusada Daniela, pois confessou o delito em interrogatório judicial, nos termos do artigo 65, d, do Código Penal. No entanto, tal confissão deve ser recebida com ressalvas, visto que negada a autoria do delito no interrogatório policial, só havendo o reconhecimento após o processo ter sido devidamente instruído, com provas cabais tanto da materialidade quanto da autoria. Ademais, não esclareceu sobre quem forneceu os cartões de crédito clonados.

Havendo concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, deve-se aplicar a regra prevista no artigo 67 do Código Penal que dispõe:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Grifei.

Assim, no caso em apreço, considerando também as limitações da confissão acima apontadas, há preponderância reincidência, devendo a pena ser acrescida em apenas 2/6 (dois sextos) para melhor individualização da pena, passando a pena para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, não há causa diminuição ou aumento de pena.

Considerando a inexistência de causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva de Daniela Rodrigues Dourado Aguirre em:

- 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado reincidente deve iniciar o cumprimento da pena sempre em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido.

Não vislumbro a excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis à acusada, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, “a”, e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada e reincidência em crime doloso da mesma espécie, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

No que tange à prisão preventiva decretada em desfavor da Daniela deve ser mantida. Não houve qualquer alteração no conjunto fático-probatório, ou atitude da acusada, que indique que tal medida não se mostre necessária.

Nos termos da decisão de fls. 761/764-verso, ficou expressamente consignado a concessão de liberdade provisória, com arbitramento de fiança, sob medidas cautelares de comparecer mensalmente em Juízo. A acusada não compareceu mensalmente em Juízo e sequer foi encontrada no endereço por ela informado pessoalmente em seu interrogatório judicial, apesar de ter assinado termo de compromisso.

Tal situação e conduta demonstra descaso em relação ao Poder Judiciário que lhe colocou em liberdade, além de impedir a aplicação da lei penal, gerando insegurança quanto ao seu domicílio certo.

Ademais, alegou como motivo do não cumprimento do compromisso assumido perante este Juízo, a existência de execução penal em tramitação, com mandado de prisão expedido em seu desfavor, o que reforça sobremaneira a percepção que a ré evita, a todo custo, se submeter a sentenças penais proferidas em seu desfavor.

Como se verifica dos autos, não se trata de pessoa primária e com bons antecedentes. Pelo contrário, demonstra conhecimento, malícia e reiteração de condutas criminosas.

Assim, a manutenção da decretação da prisão preventiva, é absolutamente necessária para garantia da aplicação da lei penal.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para CONDENAR os denunciados VALTER FERREIRA DE FARIA JÚNIOR e DANIELA RODRIGUES DOURADO AGUIRRE DE FARIA, já qualificados, como incursos nas sanções do artigo 171 do Código Penal.

Fixo a pena privativa de liberdade cada um dos réus, que passa a ser definitiva no montante de *03 (três) anos e 04 (quatro) meses* de reclusão, em regime inicial FECHADO, na forma do artigo 33, § 1º, “a”, e § 3º, do Código Penal.

Fixo a pena de multa em *240 (duzentos e quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos*, devendo tal valor ser corrigido até o pagamento.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada e reincidência em crime doloso da mesma espécie, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

O acusado Valter Ferreira de Faria Júnior vem cumprindo as medidas cautelares fixadas quando da concessão da liberdade provisória, razão pela qual fica expressamente assegurado o seu direito de apelar em liberdade.

Em relação à acusada Daniela Rodrigues Dourado Aguirre de Faria, mesmo com a manutenção da decretação de sua prisão preventiva, não mais subsiste a necessidade de se recolher efetivamente à prisão para apelar, nos termos do parágrafo único, do artigo 387, do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.736/2012.

Expeça-se carta precatória para intimação pessoal do acusado Valter Ferreira de Faria Júnior da presente sentença, nos termos do artigo 392, I, do Código de Processo Penal.

Em relação a acusada Daniela Rodrigues Dourado Aguirre de Faria, apesar de não localizada em seu endereço declarado no interrogatório (fl. 754), em atendimento ao princípio da ampla defesa e o direito da acusada em ter ciência pessoal da sentença proferida, entendo, por cautela, a necessidade de se tentar a intimação pessoal, expedindo-se carta precatória para intimação nos termos do artigo 392, I, do Código de Processo Penal.

Em caso de não localização, expeça-se edital para intimação de Daniela da presente sentença, por nos termos do artigo 392 do Código de Processo Penal.

Após o trânsito em julgado, decreto a perda dos bens apreendidos na persecução penal em favor da União (art. 91 do CP), salvo decisão em sentido contrário em procedimento autônomo de restituição de coisas apreendidas.

Por fim, condeno os réus ao pagamento das custas processuais.

Com o trânsito em julgado, deverão ser tomadas as seguintes providências:

- Lançamento do nome do condenado no rol dos culpados;
- Recolhimento do valor fixado a título de multa pecuniária (art. 50 do Código Penal c/c art. 686 Código de Processo Penal);
- Oficie-se, com cópia da sentença, ao Tribunal Regional do Eleitoral.

P.R.I. e C.

Caraguatatuba, 09 de abril de 2015.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI ANTITÓXICOS**0001130-42.2014.4.03.6005**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS

Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 06/08/2015

Vistos em sentença.

I - RELATÓRIO.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS, qualificado nos autos, imputando-lhe a prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, pelos fatos a seguir descritos.

Consta que, no dia 24/06/2014, por volta de 13:10 horas, na rodovia BR 463, trevo saída de Lagunita, neste Município, policiais militares integrantes do DOF – Departamento de Operação de Fronteira, surpreenderam ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS, dolosamente e ciente da ilicitude da conduta, *transportando*, sem autorização legal ou regulamentar, 156,6 kg (cento e cinquenta e seis quilos e seiscentos gramas) de maconha que importou da cidade de Pedro Juan Caballero/PY, com o intuito de levá-la até a cidade de Florianópolis/SC.

Consta dos autos que, nas circunstâncias de tempo e local supra, policiais observaram que o condutor do veículo Fiat/Palio, placas MGA 3623, que transitava pela rodovia BR 463 ao constatar a presença policial freou e retornou sentido Ponta Porã, o que chamou atenção. Feito acompanhamento tático, ALEXANDRE parou o veículo e fugiu em direção ao mato, atravessando uma cerca de arame farpado sendo, porém, capturado após perseguição a pé pelos policiais alguns metros à frente. Em vistoria veicular os policiais encontraram vários tablets de maconha ocultos na lataria e sob os bancos do veículo.

Perante a autoridade policial, Alexandre confessou a prática delitiva.

Constam dos autos os seguintes documentos: I) Auto de Prisão em Flagrante às fls. 02/009; II) Auto de Apresentação e Apreensão às fls. 11/12; III) Laudo Preliminar de Constatção às fls. 20/21; IV) Relatório da Autoridade Policial às fls. 39/41.

Denúncia às fls. 48/49. Às fls. 58 determinou-se a notificação preliminar do réu, requisição de antecedentes, bem como foi autorizada a incineração da droga.

O laudo de perícia criminal federal (química forense) foi juntado às fls. 64/68.

Notificação do réu às fls. 71/72.

Às fls. 75/86 foi juntado o laudo pericial dos telefones celulares (informática) e às fls. 91/99, o laudo pericial do veículo apreendido.

Defesa preliminar às fls. 111/112.

Recebimento da denúncia em 15.10.2014, à fl. 114.

Citação do réu às fls. 197/198.

As testemunhas, Marco Antônio de Arruda e André Luz Rodrigues Alves foram inquiridas, pelo sistema de videoconferência, consoante Termos de fls. 137, 159, 161 e mídia à fl. 204. O MPF requereu a desistência da oitiva da testemunha Willian Vieira da Silva, o que foi

homologado pelo Juízo (fl. 137).

Interrogatório do réu, por meio de precatória, na audiência realizada em 26.02.2015 (fls. 176/178).

O Ministério Público Federal apresentou suas alegações finais às fls. 210/213. Em síntese, sustentou o *Parquet* que restaram provadas a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas, requerendo a condenação do réu pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I da Lei 11.343/06. Na dosimetria da pena, requereu: aumento da pena base em razão da considerável quantidade de droga, bem como pela sua natureza; aplicação da atenuante de confissão; incidência da agravante da reincidência; aplicação da causa de aumento da transnacionalidade e afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º.

A defesa apresentou memoriais às fls. 219/224 e pugnou pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e pelo afastamento da majorante da transnacionalidade do delito.

É o relatório. Sentencio.

II - FUNDAMENTAÇÃO.

Da materialidade.

No que tange à materialidade do fato, restou ela cabalmente comprovada por meio do Auto de Prisão em Flagrante (fls.02/09), do Auto de Apresentação e Apreensão às fls. 11/12, os quais comprovam a apreensão de 156,6kg de maconha em poder do réu ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS, tendo a natureza da droga sido confirmada pelo Laudo de Perícia Criminal Federal de fls. 64/68.

2- Da autoria, da tipicidade e das demais teses defensivas.

Por sua vez, a autoria também é inconteste, não restando qualquer dúvida quanto à prática, pelo réu, do transporte ilícito de drogas, já que o entorpecente foi apreendido em sua posse – na lataria e sob os bancos do automóvel que dirigia – como se extrai do conjunto probatório produzido, sobretudo do teor do seu próprio interrogatório e testemunhos prestados em âmbito extrajudicial e também em Juízo.

Na fase extrajudicial, o réu confessou o crime, narrando que foi contratado por terceiro (que não identificou), para o transporte da droga de Pedro Juan Caballero/PY até Florianópolis/SC, em veículo de sua propriedade. Pelo serviço receberia o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 08/09).

Em Juízo, novamente o réu confessou a conduta, retratando-se, contudo, quanto à origem da droga e à propriedade do veículo transportado. Alegou que se deslocou até Ponta Porã/MS, onde aguardou por 03 (três) dias o recebimento do veículo carregado com a droga. Nesse período se hospedou em um hotel. No dia dos fatos, uma pessoa o levou do hotel até o local onde se encontrava o veículo carregado com a droga; de lá, seguiu viagem. Afirmou que era apenas o transportador, pelo que receberia R\$ 5.000,00. O veículo foi fornecido pelo seu contratante. Acredita que a droga já estava comprada, mas não sabe informar sua origem, apenas que recebeu o veículo carregado em Ponta Porã/MS.

A confissão do réu quanto ao transporte da droga foi corroborada pelas provas testemunhais produzidas na fase processual, como se depreende dos testemunhos cuja mídia está encartada à fl. 204. As testemunhas afirmaram ainda que o réu, por ocasião do flagrante, afirmou ter recebido a droga em território paraguaio.

A testemunha MARCO ANTONIO DE ARRUDA em juízo (mídia à fl. 204) narrou que a equipe policial fazia bloqueio no Trevo de Lagunita, acerca de 35 km de Ponta Porã/MS, e, por volta das 13:10 horas, um veículo Pálio ao avistar a barreira policial deu “um cavalo de pau” e

retornou sentido Ponta Porã/MS. A equipe fez acompanhamento tático e um pouco antes do Posto Pacuri, o condutor do automóvel o abandonou e correu em direção a um matagal. Seguido a pé, o réu foi alcançado e preso. No carro foram localizados diversos tabletes de maconha em vários pontos (banco traseiro e banco do passageiro). Apenas na Delegacia de Polícia Federal de Ponta Porã/MS foi verificado que havia mais droga no veículo, em toda a sua lataria, sendo que para a retirada foi necessário um desmonte. Recorda-se que o Réu disse que pegou a droga em Pedro Juan Caballero/PY. O Réu afirmou que havia chegado nesta região há 03 (três) dias, onde aguardou o veículo ser preparado/carregado para seguir viagem. O destino seria o Estado do Paraná ou o de Santa Catarina.

A testemunha narrou, ainda, que, durante a vistoria veicular, o Réu recebeu diversas mensagens em seu telefone celular questionando se a estrada estava liberada, ocasião em que Alexandre informou aos policiais que havia um “batedor de estrada”, os policiais tentaram localizá-lo, mas não obtiveram êxito na busca.

O depoimento judicial da testemunha ANDRÉ LUIZ RODRIGUES ALVES (mídia à fl. 204) foi no mesmo sentido. A testemunha disse que era o motorista da equipe policial que fazia barreira em Lagunita. Recorda-se que um veículo Pálio, ao avistar o bloqueio retornou. De imediato a equipe saiu atrás. O condutor parou o carro às margens da pista e fugiu, sendo perseguido pelo soldado Willian que conseguiu prendê-lo. No veículo abandonado havia maconha em diversos locais (embaixo do banco, laterais, painel). Pelo que se recorda era aproximadamente 150 Kg de maconha. Lembra-se que o Réu disse que pegou a droga no Paraguai e a levaria para Santa Catarina. Durante a abordagem, no celular do Réu chegava constantemente mensagens.

Observa-se, assim, de maneira indubitável, que malgrado o Réu tenha, em Juízo, negado que a aquisição do entorpecente se deu em solo Paraguai, ele tinha plena ciência de que se deslocava até esta região de fronteira especificamente para realizar o transporte da maconha.

Ademais, as testemunhas foram uníssonas ao afirmarem que no momento da prisão em flagrante o Réu disse ter recebido o entorpecente em solo paraguai, versão essa que corrobora o próprio interrogatório extrajudicial do acusado.

Dessa forma, é possível concluir que ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS importou do Paraguai, transportou e trouxe consigo, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, 156,6 kg (cento e cinquenta e seis quilos e seiscentos gramas) da droga conhecida como maconha, sem autorização legal ou regulamentar para tanto.

Assim, o presente caso congrega provas firmes e homogêneas, produzidas sob o crivo do contraditório, restando evidente a autoria deste ilícito e incontestada a responsabilidade criminal do Réu, uma vez que sua conduta se amolda ao tipo objetivo do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

3. DOSIMETRIA DA PENA.

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie penal, não tendo nada a valorar; o réu possui condenação anterior, com trânsito em julgado, o que caracteriza reincidência que será oportunamente valorada. Os dados acerca de sua conduta social são neutros e não há pareceres psicológicos que possam aferir sobre a sua personalidade, portanto também não valoro essa circunstância. Os motivos do crime são próprios à norma penal e por ela reprovada, não se tendo, pois, nada a agravar; entretanto, verifico que as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao acusado, com fundamento no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Ressalta-se que tal circunstância é preponderante em relação às demais. Conforme provado nos autos, o réu praticou o crime de tráfico internacional

de drogas, sendo o peso total de 156,6 kg de maconha. Certamente, o transporte de consideráveis quantidades de entorpecente evidencia um maior risco a que se expõe a sociedade. Não há que se falar de comportamento da vítima, razão pela qual nada se tem a apreciar nesse ponto. Logo, fixo a pena base em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Quanto às circunstâncias agravantes e atenuantes, constato a caracterização da *agravante da reincidência*, uma vez que o Réu foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, I, II e III, do CP, às penas de 11 anos de reclusão e de 27 dias-multa, pela 1ª Vara Criminal da Comarca de São José/SC, com trânsito em julgado em 24.03.2008 (certidão juntada por linha e extratos de fls. 213/217).

No que se refere às circunstâncias atenuantes, reconheço a ocorrência da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), haja vista que o réu confessou perante a autoridade judicial a prática do delito em comento. Assim sendo, viabilizou a colheita de maior suporte probatório para a condenação. Dessa forma, por razões de política criminal, tendo em vista que a Administração da Justiça foi favorecida, moralmente é justo que sofra o condenado uma pena menos gravosa, configurando motivo bastante que a confissão seja tão somente voluntária.

Entendo que a reincidência a teor do disposto no art. 67 do Código Penal é circunstância preponderante, prevalecendo sobre a confissão. Dessa forma, sem desconsiderar a confissão, agravo a pena e estabeleço o valor de 7(sete) anos e 7(sete) meses de reclusão e mais 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias multa para a pena intermediária pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

No que se refere às causas de aumento, se deve aplicar a causa inculpada no art. 40, I da Lei nº 11.343/06.

A internacionalidade do tráfico restou demonstrada pelos depoimentos prestados pelas testemunhas judicial e extrajudicialmente. O próprio réu afirmou ter pego a droga no lado paraguaio da fronteira. Assim, resta caracterizado o tráfico com o exterior, causa de aumento da pena, previsto no dispositivo. Fixo o aumento em 1/6, uma vez ter ocorrido uma internalização não muito longínqua, uma vez a apreensão ter ocorrido próximo à fronteira.

Por tais razões, elevo a pena do réu, em virtude da transnacionalidade, em 1/6 (um sexto), perfazendo um total de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 884 (oitocentos e oitenta e quatro) dias-multa, pelo delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

Afasto a benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto se trata de réu reincidente que não preenche os requisitos da lei.

Pena definitiva: de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 884 (oitocentos e oitenta e quatro) dias-multa, pelo delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

Arbitro o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato, porque não há, nos autos, informações atualizadas acerca da situação financeira do réu), nos termos do art. 49, § 1º, do Código Penal.

Como regime inicial para o cumprimento da pena, fixo o *regime inicial fechado*, na forma do art. 33, § 2º, a, do Código Penal brasileiro, mediante cumprimento de condições a serem estabelecidas pelo Juízo competente para a execução penal.

Deixo de aplicar a detração prevista no § 2º, do art. 387 do Código de Processo Penal

(novel modificação trazida pela Lei nº 12.736/12), não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado, vez que o artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) assevera que a progressão de regime depende de bom comportamento, além de prévia manifestação do Ministério Público e do defensor, o que comprova sua incompatibilidade com a fase de prolação de sentença condenatória. Aliás, nesse sentido, já se pronunciou a Corte desse E. Tribunal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005815-88.2010.4.03.6181/SP 2010.61.81.005815-2/SP (...) 5. Regime inicial de cumprimento da pena fechado. Manutenção. 6. Vigência da Lei nº 12.736, de 30.11.2012. Art. 387, § 2º, do CPP. Todos os réus já cumpriram mais de um sexto da pena a que sentenciados. 7. Marco mínimo previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal cumprido. Impossibilidade de análise do bom comportamento carcerário e se há outras condenações, em relação a cada um dos réus. 8. Comunicação ao Juízo das execuções para avaliar detração, conforme este julgado, e possibilidade de progressão de regime dos réus, nos termos da lei de regência. 9. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005815-88.2010.4.03.6181/SP, data do julgamento: 17.12.2012).

Ademais, ausente certidão do tempo de prisão do condenado.

Na hipótese é incabível, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a expressa disposição do inciso I, do art. 44 do Código Penal, que veda a substituição quando a aplicação da pena privativa de liberdade for superior a 04 (quatro) anos, como é o caso desses autos. De igual modo, inexistente o requisito objetivo necessário para a concessão do sursis.

4. DA PRISÃO CAUTELAR

Mantenho o Réu na prisão, em face da não alteração do quadro fático do título que lhe determinou o encarceramento.

Nessa medida, diz o artigo 312 que a prisão cautelar só pode ser determinada, quando for demonstrada, objetivamente, a indispensabilidade da segregação do investigado.

Para tanto, além da prova da materialidade do crime e indícios de autoria (*fumus commissi delicti*), deve coexistir um dos fundamentos que autorizam a decretação (*periculum libertatis*): para garantir a ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Quanto ao *fumus commissi delicti*, esta a própria sentença condenatória dá conta da consecução do delito pelo réu.

No que tange ao *periculum libertatis*, observe-se, a necessidade de garantia da ordem pública, em seu caráter objetivo, já que a quantidade de droga apreendida é excessiva, pois seu transporte chegou a exigir “batedor”, indicando a inserção do acautelado em organização criminosa. No mais há risco de reiteração criminosa, porquanto segundo declaração do próprio condenado.

Por tal razão (garantia da ordem pública em seu caráter objetivo) é necessária a reiteração da custódia preventiva em desfavor do réu.

No mais, a condenação pretérita dá conta que as demais cautelares seriam inócuas na tentativa de evitar o cometimento de novos crimes.

Assim, mantenho a prisão cautelar de Alexandre Antunes.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR o réu ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS, qualificado nos autos, às penas de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 884 (oitocentos e oitenta e quatro) dias-multa, pelo delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40. I, da Lei nº 11.343/06.

PROVIDÊNCIAS FINAIS

Condeno o sentenciado nas custas processuais, na forma do art. 804 do Código de Processo Penal.

Nos termos dos artigos 62 e 63 da Lei nº 11.343/06, os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes nela descritos e que não forem objeto de tutela cautelar serão declarados perdidos em favor da União Federal.

Decreto, pois, o perdimento em favor da União do veículo, do telefone celular e dos chips e processadores apreendidos nestes autos (itens 2, 4 e 5 do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 11/12), uma vez que utilizados como instrumentos do crime.

Oficie-se à SENAD.

Expeça-se imediatamente a guia de execução provisória da pena imposta ao condenado ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS.

Oficie-se ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça/SC, instruindo-se como cópia desta sentença.

Após o trânsito em julgado, providencie a Secretaria: i) o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, nos termos da Resolução do Conselho da Justiça Federal CJF nº 408, de 20 de dezembro de 2004; ii) o encaminhamento dos autos ao SEDI, para anotação da condenação do réu; iii) expedição de ofício à Justiça Eleitoral, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal; iii) a expedição das demais comunicações de praxe; iv) arbitro os honorários do defensor dativo, no valor máximo da tabela. Expeça-se solicitação de pagamento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Após as formalidades de costume, ao arquivo.

Ponta Porã/MS, 21 de Julho de 2015.

Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

EMBARGOS DE TERCEIRO**0003656-52.2014.4.03.6111**

Embargante: ANDRÉA APARECIDA DE SOUZA MENEZES

Embargados: UNIÃO E MPF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP

Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2015

I – RELATÓRIO

Trata-se de embargos de terceiro pretendendo a embargante o reconhecimento da impenhorabilidade, por ser bem de família, do bem objeto da matrícula nº 29.988 do 1º Cartório de Registro de Imóveis local, bem como o respeito à sua meação dos outros bens penhorados e que estão em nome de seu esposo Washington da Cunha Menezes, a saber: um terço do terreno identificado e descrito na matrícula nº 29.510 do 1º CRI desta cidade e os veículos Ecosport (placa DHF 5558) e Gol (placa DUS 4400).

Alega que é casada com Washington da Cunha Menezes, o qual é réu na ação de improbidade administrativa (nº 0005442-78.2007.403.6111) em trâmite neste juízo e que está em fase de execução para satisfação de um débito de R\$ 640.424,48, onde houve a penhora dos aludidos bens, adquiridos de forma lícita e com esforço comum durante a constância do casamento.

Informa que ambos estão desempregados e sem salário, contando com a ajuda de familiares para sobreviver.

Sobre o imóvel objeto da matrícula nº 29.988, que alega ser bem de família, assevera que ele está alugado para terceiros, sendo o valor do aluguel utilizado para custear o aluguel de outro imóvel em Belo Horizonte, onde seu esposo reside com a família.

Acerca dos demais bens, entende que a metade não poderia ser penhorada, em decorrência de seu direito à meação e, na hipótese de serem levados à hasta pública almeja a reserva de sua parte.

Disse que o veículo Ford/Jeep, placa DCQ-5213 não pertence a seu esposo desde data anterior à data do ajuizamento da ação de improbidade.

A inicial veio acompanhada de procuração e outros documentos (fls. 22/60).

À fl. 62 foram deferidos os benefícios da gratuidade e determinada a emenda da inicial, o que foi efetivado, com documentos (fls. 63/71).

Determinou-se a inclusão do MPF no polo passivo, bem como a suspensão dos atos expropriatórios no feito principal e a citação (fl. 71).

Houve indeferimento do pedido de levantamento da penhora de metade do aluguel (fls. 82/84).

Citados (fls. 76 e 78), a União e o MPF apresentaram contestação às fls. 87/95, sustentando inexistir direito à meação pelo fato do casamento ter sido celebrado em regime de separação de bens (fl. 35) e, também por isso, a ilegitimidade ativa para arguir a impenhorabilidade de bem de família, até porque, o bem está indisponível desde 07/11/07 e locado desde 30/11/07, enquanto a locação do imóvel em Belo Horizonte se iniciou em 09/01/12. Apontam indícios de que a última locação não exista, por não haver reconhecimento de firmas no contrato de fls.

65/67; uma das locadoras ser cunhada da embargante e pelo fato do esposo da embargante ter informado ao TRE em 07/02/12 que reside com os pais em outro endereço.

A embargante se manifestou sobre a contestação, lembrando do enunciado nº 377 das súmulas do STF e do art. 259 do Código Civil de 1916, que não houve pacto antenupcial e que o regime do casamento foi imposto por ser menor de 21 anos à época e não possuir autorização parental. Sobre a locação confirmou sua existência e a validade do negócio jurídico (fls. 100/104).

As partes não especificaram provas (fls. 96 e 110).

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Registro que os fatos estão delineados nos autos, motivo pelo qual impõe-se o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Até porque, as partes foram instadas e não especificaram provas.

Para melhor entendimento, veja-se que, com o trânsito em julgado nos autos nº 0005442-78.2007.403.6111, facultou-se ao réu o pagamento do valor devido e, não fazendo, iniciou a União a fase de execução com apresentação de cálculo, determinando-se a intimação do réu para pagamento da quantia de R\$ 582.204,08 (fls. 998, 1044/1047 e 1070). Não pagando (fl. 1103), houve acréscimo de 10%, seguindo ordem para penhora (fl. 1104).

Conforme auto de fls. 1160/1161, houve penhora do imóvel objeto da matrícula 29.988, constando a informação que há uma residência de alvenaria que é ocupada pela locatária Viviane Zequine. Já o auto de fls. 1165/1166 demonstra a penhora da parte ideal (1/3) do imóvel (terreno sem edificação) objeto da matrícula 29.510, tendo a União requerido o prosseguimento da execução em relação a estes imóveis, o que foi deferido, ficando resguardado a meação da esposa do réu, ou seja, “metade do valor que vier a ser obtido em hasta pública, nos termos do artigo 655-B, do CPC” (fls. 1180/1181).

À fl. 1189, em reforço à penhora, deferi a penhora de 50% do valor do aluguel do imóvel identificado na matrícula 29.988, bem como a intimação da CEF, considerando a anterior hipoteca do aludido imóvel.

A CEF requereu a preferência, como credora hipotecária (fl. 1197).

A penhora do aluguel foi efetivada (fls. 1239/1240).

Feita esta necessária digressão sobre o ocorrido nos autos originários, prossigo na fundamentação.

Como se sabe, a impenhorabilidade de bem de família é matéria de ordem pública e, por isso, deve ser apreciada de ofício. Por este motivo rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa alegada.

Noutro giro, registro que nos autos originários já ficou resguardado a meação da embargante, ou seja, “metade do valor que vier a ser obtido em hasta pública, nos termos do artigo 655-B, do CPC” – fl. 51 destes autos (fl. 1181 dos autos originários), restando superado, assim, o pleito da embargante de respeito à meação. Pela mesma razão, preclusa esta questão para a União e MPF, haja vista que não há notícia que lá tenham recorrido em relação à aludida decisão interlocutória.

Apesar da decisão de fl. 1181 não ter sido expressa no que se refere a outros bens, é evidente que ela alcança todos os bens indivisíveis adquiridos durante o casamento, o que implica reconhecer que a embargante também tem direito à meação dos veículos Ecosport (placa DHF 5558) e Gol (placa DUS 4400), fabricados em 2004 e 2006, respectivamente (fls. 389/390).

Além disso, como bem observado pela embargante em sua réplica à contestação, ela se casou em 26/07/86 sob o regime da separação de bens (fl. 35), posto que era menor de 21

anos (maioridade civil à época) e não possuía autorização dos pais. Não há prova de existência de pacto antenupcial. A adoção de tal regime de casamento tinha nítido condão protetivo às pessoas que deveriam utilizar tal regime, não podendo o aludido regime, assim, prejudicar exatamente as pessoas que deveriam ser protegidas. Foi neste contexto que o STF editou o enunciado nº 377 de suas súmulas para firmar o posicionamento de que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Acerca do bem de família, dispõe a lei nº 8009/90, *in verbis*:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

(...)

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Esta previsão legal está em plena consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88)¹, pois é impossível falar numa vida digna sem que a pessoa tenha, ao menos, um imóvel para morar. Observe-se, ainda, que o direito à moradia é um direito social assegurado constitucionalmente (art. 6º, *caput*).

O ilustre jurista Álvaro Villaça Azevedo, em sua afamada obra *Bem de família*, nos ensina que “o objeto do bem de família é o imóvel, urbano ou rural, destinado à moradia da família, não importando a forma de constituição desta (...)”.²

Importante frisar que para a impenhorabilidade do bem de família é totalmente irrelevante a necessidade de o devedor residir no imóvel, uma vez que “o que a lei objetiva é a proteção da família do devedor e não o devedor propriamente”.³

Compartilha deste mesmo sentido inúmeros julgados, sendo exemplos: RSTJ 81/306, Boletim da AASP nº. 1.833, de 09 a 15.02.94, p.6 (1º. TACSP, 8ª Câmara, j. 14.10.92, v.u., Ag. 520.270 – Catanduva, Rel. Juiz Toledo Silva, Boletim 37).

Tão pertinente e lógico este raciocínio, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, já reconheceu, em inúmeros julgados, que mesmo que o devedor dê o imóvel em locação isto não o descaracteriza como bem de família.

A propósito, tal entendimento já está consolidado no enunciado nº 486 de suas súmulas, *in verbis*:

É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

2 Pag. 158.

3 *Ob. Cit.*, p. 164.

Está provado, desde a efetivação da ordem de indisponibilidade ocorrida na noticiada ação de improbidade, que a embargante e seu esposo (réu na ação de improbidade) possuem somente um único bem imóvel residencial, qual seja, o identificado na matrícula nº 29.988 do 1º Cartório de Registro de Imóveis local.

Por outro lado, demonstrado está que tal imóvel é locado a terceiro (fls. 26/34), cujo aluguel é utilizado, na sua maior parte, para custear o aluguel do imóvel onde residem a embargante e seu esposo (fls. 65/71).

Os embargados, não obstante os “fortes indícios de que a alegada locação (CASA NA RUA TAPIRAPÉS, 108, BAIRRO SANTA MÔNICA, BELO HORIZONTE/MG) não existe” – fl. 94, não se desincumbiram do ônus (art. 333, II do CPC) de comprovar a inexistência de tal locação e nem a invalidade do negócio jurídico, posto que não juntaram nenhum documento nestes autos e, instados, não especificaram provas.

Ainda que tivessem comprovado a inexistência da locação do imóvel na capital mineira, o que admito só para continuar na fundamentação, reputo que isto não descaracterizaria a natureza de bem de família do imóvel residencial penhorado, considerando que o enunciado das súmulas do E. STJ antes transcrito é claro ao também prever que a “(...) locação seja revertida para a subsistência (...)”, ou seja, o valor do aluguel do imóvel bem de família pode ser utilizado para custear o aluguel de outra moradia ou simplesmente para servir de subsistência da família que reside em qualquer outro local.

E no caso, nítida a necessidade do valor mensal do aluguel para a sobrevivência da embargante e de sua família, tanto que ela é, atualmente, “do lar” e seu esposo está desempregado, o que me motivou a deferir os benefícios da gratuidade a ela aqui nestes autos (fls. 62 e 71) e ao seu esposo nos autos principais.

Diante de tal quadro, há que se reconhecer que a residência localizada nesta cidade é bem de família e, por isso, sua impenhorabilidade a ensejar o levantamento da penhora efetivada.

III – DISPOSITIVO

Posto isso, resolvendo o mérito com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedentes os pedidos para desconstituir a penhora ocorrida nos autos da ação 0005442-78.2007.403.6111 e incidente sobre o imóvel objeto da matrícula nº 29.988 do 1º Cartório de Registro de Imóveis local e para reconhecer que a embargante também tem direito à meação dos veículos Ecosport (placa DHF 5558) e Gol (placa DUS 4400).

Condene os embargados a pagarem honorários advocatícios no valor total de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com respaldo no disposto no § 4º do art. 20 do CPC.

Sem custas, por serem os embargados delas isentos.

Em tese, esta sentença estaria sujeita ao reexame necessário (art. 475, I, do CPC). Entretanto, como invoquei a mesma fundamentação aqui existente para decidir a impugnação do esposo da embargante nos autos principais, onde o mesmo figura como réu e como autores o MPF e a União, entendo que esta sentença não necessita de reexame necessário, pois a decisão lá prolatada também não se sujeita. Na hipótese de simples insurgência de quaisquer das partes, remetam-se os autos ao E. TRF para o reexame necessário.

Junte-se, na sequência, a certidão da matrícula nº 29.988, solicitada no dia 04/03/15 pelo sistema informatizado a meu pedido.

Traslade-se: a) cópia desta sentença para os autos principais e; b) para estes autos cópia das seguintes folhas dos autos principais: 998, 1044/1047, 1070, 1103/1104, 1160/1161, 1165/1166, 1180/1181, 1189, 1197 e 1239/1240.

Com o trânsito em julgado, oficie-se o respectivo Cartório de Registro de Imóveis para cancelamento da penhora averbada na matrícula nº 29.988.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Marília, 06 de março de 2015.

Juiz Federal Substituto JOSÉ RENATO RODRIGUES

AÇÃO ORDINÁRIA

0000094-38.2015.4.03.6131

Autora: UNIÃO FEDERAL

Ré: UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO - UNESP/FACULDADE DE MEDICINA DE BOTUCATU

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 05/08/2015

Vistos, em sentença.

Cuidam os presentes autos de ação cominatória de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela *União Federal* em face de *Universidade Paulista Júlio de Mesquita Filho – Faculdade de Medicina, Campus Botucatu*, para que a ré seja obrigada a adequar o resultado final da seleção de residência médica para 2014 com as regras constantes na Resolução 3/2011 da CNRM - concessão de 10% ou 20% de acréscimo na nota final dos candidatos concorrentes que possuem o certificado de participação no PROVAB - e, por consequência, impedir que não haja a homologação/finalização a seleção sem a observância da obrigação anterior, sob pena de imposição de multa diária fixada por este Juízo na forma do parágrafo do artigo 461 do CPC. Alega, em suma, que a Faculdade de Medicina de Botucatu (Unesp), por meio do Edital n. 040/2014- FM/DTA para o Processo Seletivo ao Primeiro Ano de Residência para 2015, teria descumprido o *art. 8º da Resolução nº 3/2011*, do Conselho Nacional de Residência Médica, o qual, no exercício legítimo de sua competência, ao dispor sobre o processo de seleção pública dos candidatos dos programas de residência médica, estabeleceu o dever das instituições públicas ofertantes de tais programas de conferir bonificação extra ao candidato que tenha participado e cumprido integralmente o estabelecido pelo Programa de Valorização do Profissional da Atenção Básica, instituído pela Portaria Interministerial *MEC/MS nº 2087/2011* e regulamentado no que concerne a esta especialidade, pela Resolução nº 03/2011 da Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM). A autora aduz que a ré inseriu regra no edital respectivo em desacordo com a Resolução nº 3/2011, do Conselho Nacional de Residência Médica, ao constar que não serão considerados na seleção, para fins de classificação final, pontuação adicional para o candidato que tenha participado do Programa de Valorização Profissional de Atenção Básica – PROVAB. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 10/22.

Foi *concedida* a medida liminar às fls. 25/28-vº, para determinar que a requerida aplicasse o art. 8º, letras “a” e “b” e parágrafo único da Resolução 03/2011 da Secretaria de Educação Superior e Comissão Nacional de Residência Médica para a seleção de candidatos à residência médica, prevista nos Editais nr. 083/2013- FM/DTA e 084/2013 FMDTA.

Citada, a ré apresentação contestação às fls. 38/74, com documentação juntada às fls. 75/125, em que se sustenta, em preliminar, nulidade da citação, e, quanto ao mérito, pugnando pela improcedência da demanda, nos termos, inclusive, de sentença prolatada em autos anteriores, entre as mesmas partes, e já decididos no âmbito desta Subseção Judiciária Federal (Processo nº 0009200-92.2013.403.6131).

Às fls. 127, com os documentos que estão às fls. 128/156, a ré requer a extinção do feito, tendo em vista que, *verbis* (fls. 127): “a matéria em questão está sendo conduzida diretamente no Egrégio Tribunal Regional Federal, pela Exma. Sra. Desembargadora Federal, Doutora CONSUELO YOSHIDA, conforme audiências públicas realizadas nos autos do Processo nº

0002981-55.2015.4.03.0000/SP, abrangendo o Estado de São Paulo e suas autarquias, sendo certo, ainda, que, decorrentes dessas reuniões, O Ministério da Educação e Cultura (MEC) e Conselho Nacional de Residência Médica (CNRM) editaram novas regras para disciplinar o PROVAB, as quais estão sendo avaliadas pelas Universidades públicas e demais órgãos do Estado, para adequação às peculiaridades de cada instituição”.

A União apresenta *réplica* às *fls. 158/165-vº* (com documentos às *fls. 166/167*), manifestando posição expressamente *contrária* ao requerimento de extinção do feito, pelas razões que declina, e, quanto ao mérito, reiterando a sua posição inicial.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

O tema posto em lide pelas partes litigantes é estritamente de direito, não se justificando o protesto pela realização de provas suscitado pela requerida. O caso é de julgamento antecipado, nos termos do que dispõe o art. 330, I do CPC, razão pela qual o feito está em termos para receber julgamento.

Preliminarmente, necessário consignar que o pedido incidental, deduzido pela ora ré (*fls. 127*), para que se decrete extinção do processo não tem condições de ser acolhido. A uma que, preenchidas e verificadas todas as condições da ação e pressupostos processuais, o réu não pode pedir a extinção de uma ação que foi inaugurada por terceiros, na medida em que ninguém pode desistir de direitos exercidos por outrem. A duas, e na linha daquilo que bem pondera a autora em sua *réplica* de *fls. 158/165-vº*, embora esteja satisfatoriamente comprovado nos autos que a aplicação das normas atinentes ao PROVAB sejam objeto de grupo de trabalho instituído o âmbito do C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, para discussão da matéria, certo é que não se atingiu, naquela seara, qualquer deliberação vinculante para as partes, conforme se depreende da documentação acostada aos autos pela própria ré, às *fls. 128/156*. Mais do que isso, a mera instituição, nos autos de um processo judicial de um procedimento de tomada de audiências públicas, não implica – ao menos não necessariamente – a interrupção ou suspensão de tramitação de ações individuais porventura existentes, salvo prolação de decisão judicial expressa nesse sentido, o que, *in casu*, não está demonstrado. Por fim, acaso resulte frutífera proposta de solução conciliatória a abarcar as partes aqui litigantes – o que se espera –, será o caso de concluir pela prejudicialidade das ações autônomas intentadas pelas partes, se e quando isto vier a ocorrer. Até lá persiste o interesse processual na solução da demanda, o que, ao menos neste momento, não impede o sentenciamento. Com tais considerações, *rejeito* a preliminar.

A preliminar de nulidade de citação da ré é descabida, na medida em que – como está claro sob todas as luzes – o ato citatório realizado nos autos surtiu plenamente os efeitos que dele se esperam (CPC, art. 213), sendo, disso, prova incontestada a substancial peça defensiva oferecida pela Universidade acionada, que mais do que o suficiente para a caracterização da resistência à pretensão inicial e plasmar a decisão que aqui se prolata ao crivo do contraditório, e às exigências do *due process*. Não há como, portanto, por absoluta ausência de prejuízo à ré, considerar nulo o ato citatório aqui realizado, nos termos do que prescreve a legislação processual civil (art. 214, § 1º c.c. art. 244, ambos do CPC), que encampa um importante princípio do processo civil brasileiro, o da *instrumentalidade das formas*. Com tais considerações, *rejeito* a preliminar de nulidade da citação suscitada pela ré, consignando-se apenas a necessidade de remessa dos autos ao SUDP para a retificação do pólo passivo da presente ação, a constar, a saber, a UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA

FILHO – UNESP”. Com tais considerações, reputo sanada a irregularidade. À Secretaria para a adoção das medidas pertinentes. As demais questões suscitadas pela ré como tema preliminar constituem, em realidade, matéria de mérito, e como tal serão analisadas.

Passo à examinar o mérito da questão posta em juízo.

Não por uma, mas por duas razões, igualmente relevantes, não se vislumbra, *data venia*, como se possa acatar o pleito inicialmente formulado pela requerente.

E isto porque, é preciso que se observe, *em primeiro lugar*, que o móvel normativo que, ao ver da União, obrigaria a ré a instituir um tratamento discriminado, diferenciado, ou, por assim dizer, privilegiado de alguns candidatos em relação a outros não tem o condão de criar direitos ou gerar obrigações em face de quem quer que seja. Deveras, o fundamento que, segundo a inicial, determina o tratamento mais favorável para candidatos à residência médica que tenham participado do programa de atenção básica à saúde se consubstancia na *Resolução nº 3, de 16/09/2011*, expedida pela Comissão Nacional de Residência Médica. Como se vê, mera regulamentação administrativa, insusceptível, a evidência, de criar direito ou gerar obrigação na vigência do presente ordenamento constitucional (*art. 5º, II da CF*).

Em segundo lugar, mas não menos importante, está a consideração de que, lei que nesse sentido houvesse a compelir a entidade universitária – e ela (a lei) não existe, como está claro sob todas as luzes – transitaria com dificuldade no teste de constitucionalidade, presente a sempre propalada e tão necessária autonomia didático científica das universidades, que é, esta sim, norma de estatuto constitucional (*CF, art. 207*).

No caso, presentes estes dois breves fundamentos, não seria possível, quer pela forma, quer pelo fundo, extrair da indigitada resolução baixada pela Comissão de Residência Médica, o caráter vinculante e obrigatório que a ela pretende conferir a ora requerente.

Não foi por outros motivos, aliás, que, em precedente bastante recente, o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, em decisão da lavra do *Em. Desembargador Federal Dr. Johonsom di Salvo*, interditou pretensão nesse sentido desenvolvida pela União Federal, que, na causa então vertente pretendia compelir outra universidade estadual a implementar, em sua seleção de profissionais para residência médica, o *discrimen* constante da *Resolução nº 03/2011 da CNRM*. Neste sentido foi a mui fundamentada posição de Sua Excelência, o Desembargador Relator do agravo:

Posta a contenda, vê-se que muitos aspectos devem ser analisados no caso *sub judice*.

Em *primeiro lugar*, insta perscrutar se a Comissão Nacional de Residência Médica tem competência administrativa para regular completamente o processo seletivo de Residência Médica, sobrepassando sobre a regra constitucional da autonomia universitária (*art. 207 CF*), ainda mais em face de uma universidade estadual.

A autoproclamada competência plena da Comissão Nacional de Residência Médica é de problemática constatação à luz da própria lei que regulamentou a Residência Médica (*Lei nº 6.932/81*), e mais ainda diante do decreto presidencial que atualmente estrutura a Comissão Nacional de Residência Médica (*Decreto nº 7.562/2011*).

O *art. 2º* da referida lei diz: “Para a sua admissão em qualquer curso de Residência Médica o candidato deverá submeter-se ao processo de seleção estabelecido pelo programa aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica.”

Ou seja: o que comporá esse “programa” que estabelece o processo de seleção? Será que às instituições de ensino superior que oferecem cursos de Residência Médica nada sobra para ajuizarem a melhor forma de realizar os certames que conduzem?

Será que pode um *organismo menor*, uma comissão vinculada a um Ministério de Estado

suplantar a autonomia universitária preconizada no art. 207 da CF, que determina categoricamente que as universidades “gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”?

Não se deve esquecer que a Lei nº 6.932/81 é um resquício do período autoritário vivido pelo país de 1964 até 1985, época em que a autonomia das universidades - e dos brasileiros em geral - era nenhuma.

Basta recordar a sinistra memória do Decreto-lei nº 477, urdido no próprio Ministério da Educação do regime militar, que atribuía às autoridades universitárias e às autoridades educacionais do MEC o poder de desligar e suspender estudantes que estivessem envolvidos em atividades que fossem consideradas subversivas, isto é, perigosas para a segurança nacional. Esse decreto veio na sequência de uma draconiana reforma do ensino engendrada nos idos de 1968, cujo único objetivo era impedir a crítica ao conhecimento estabelecido e impedir a difusão de idéias reformadoras, ou que colidissem com a orientação política da época.

A legislação que submeteu as universidades - desprotegidas pelas Constituições de 1967/1967, depois que a Constituição de 1946 tentou minorar os controles que a Ditadura do Estado Novo impôs à educação nacional - traumatizou toda uma geração de alunos e professores, gerando tal repúdio que o constituinte de 1988 inseriu no corpo da Carta Magna a tão almejada autonomia. Essa autonomia tem pouco a ver com aquela que pode existir nas repartições públicas; é *muito mais do que isso*, posto que representa a prerrogativa de a universidade se desenvolver sem a ingerência castradora ou repressora do Estado.

No cenário atual é muito complicado admitir que o Poder Executivo Federal, através do seu Ministério da Educação, possa se valer de uma comissão (por mais respeitável que seja) para impor regras de procedimento *interna corporis* às universidades, no tocante ao regramento de um certame convocatório para curso de pós-graduação, como é o caso da Residência Médica. Diretrizes e programas são uma coisa; determinações são outra.

Não parece possível, na quadra em que vivemos, restaurar comportamentos de um passado recente que todos condenam.

A propósito, nem mesmo a leitura do art. 7º do Decreto nº 7.562/2011, norma orgânica da Comissão Nacional de Residência Médica, permite supor que o órgão tenha competência impositiva sobre as universidades, derogando - absurdamente - o art. 207 da CF.

Eis o texto do art. 7º:

“Art. 7º Compete à CNRM:

- I - credenciar e recredenciar instituições para a oferta de programas de residência médica;
- II - autorizar, reconhecer e renovar o reconhecimento de programas de residência médica;
- III - estabelecer as condições de funcionamento das instituições e dos programas de residência médica; e
- IV - promover a participação da sociedade no aprimoramento da residência médica no País.”

Não se enxerga, sequer com muita boa vontade, nesse dispositivo a permissão para que a CNRM dite regras de elaboração de editais para certames de escolha dos médicos que desejam cursar a pós-graduação na área de Residência Médica.

Outro aspecto deve ser lembrado: esquece-se a União que está questionando procedimento de uma instituição de ensino estadual, determinado pelas autoridades universitárias competentes dentro da universidade.

Ora, a UNICAMP é uma autarquia do Estado de São Paulo e que só se subordina ao Governo Estadual na obtenção de recursos econômicos para sua manutenção.

A intervenção de um organismo do Poder Executivo Federal em procedimentos internos dessa autarquia - no caso, a confecção de edital de concurso para Residência Médica - parece afrontar o art. 207 da CF e também, ostensivamente, interferir numa pessoa jurídica pública desvinculada da União e que gozam de liberdade administrativa nos limites da lei estadual que a instituiu.

É certo que a União pretende fazer a UNICAMP (autarquia estadual, nada vinculada ao Poder

Público Federal) prestigiar, no seu certame, um programa federal de formação de médicos que atendam a necessidade da população brasileira mais carente, levando os profissionais para localidades e rincões com maior carência do serviço médico (grifos nossos).

Na seqüência enaltecendo a inexistência de força vinculante de uma mera resolução administrativa, sua Excelência assim dispõe, *verbis*:

Agora, fazer a UNICAMP vergar-se a uma *resolução* do CNRM - despojada de qualquer força impositiva, própria da lei (art. 5º, II, CF) - parece demais. É certo que no Direito Administrativo a *resolução* é a forma pela qual se exprime a deliberação de órgãos colegiados; mas obviamente não dispõe de força de lei, não pode impor obrigações.

Bem ao contrário do que sustenta a União (fls. 7, *fine*, e 8), não há espaço para obrigar a UNICAMP a proceder deste ou daquele modo com base numa simples resolução.

O intento da União esbarra no inc. II do art. 5º da CF. (grifos nossos).

[Agravado Instrumento Nº 0001955-56.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Johanson Di Salvo].

Daí porque, consideradas todas estas razões, estou em que, *d.m.v.*, não haja como acatar a pretensão inicialmente deduzida nos autos, não só porque o veículo normativo que transita a obrigação aqui em causa é inadequado aos fins pretendidos, bem como porque, ainda que assim não fosse, ter-se-ia de preservar, no caso, a autonomia didático-científica das universidades.

Por tais razões, mostra-se *improcedente*, na sua totalidade, o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 269, I do CPC, *revogada* a antecipação de tutela aqui concedida às fls. 25/28-vº.

Arcará a requerente, vencida, com o reembolso de eventuais custas e despesas processuais adiantadas pela ré, mais honorários advocatícios, que fixo, com base no que dispõe o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, em 10% sobre valor da causa, devidamente atualizado à data da efetiva liquidação do débito.

P.R.I.

Botucatu,

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO PENAL

0003563-31.2015.4.03.6119

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: JUDIAR KHAYRI ALI e NAZI YZDI ARAB
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 02/06/2015

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação penal movida pelo Ministério Público Federal em desfavor dos acusados JUDIAR KHAYRI ALI e NAZI YZDI ARAB (iraquianos curdos) como incurso nas sanções previstas no artigo 304 c/c artigo 297 todos do Código Penal.

Consta da denúncia que, no dia 16 de fevereiro de 2015, os ora acusados fizeram uso de documento público adulterado, apresentando passaportes israelenses de números 1436525 (em nome de *Talmon Bayer*) e 17289442 (em nome de *Riham Yadin*) às autoridades migratórias brasileiras no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, ao desembarcarem de voo proveniente de Addis Ababa/Etiópia. Também no dia 27 do mesmo mês, fizeram uso dos mesmos documentos ao embarcarem com destino ao Paraguai.

De acordo com a denúncia, no dia 2 de março de 2015, Setor de Inteligência Policial da Delegacia de Polícia Federal do Aeroporto Internacional de Guarulhos tomou conhecimento de que família de estrangeiros (composta de mãe e dois filhos menores), e um terceiro que com eles viajava, foram impedidos de ingressar no Paraguai em virtude de apresentarem passaportes israelenses falsos.

Em sede investigativa, a passageira foi ouvida e informou o seu nome verdadeiro, Nazi Yzdi Arab, e o de seus filhos, Walid Sardal Elias e Khayal Sadal Elias. O outro passageiro confirmou chamar-se Judiar Khayri Ali disse que saiu do Iraque em razão da guerra.

Consta ainda da denúncia que o Consulado Geral dos Estados Unidos comunicou a Delegacia de Polícia Federal em São Paulo que, no mesmo voo em que embarcaram os denunciados, com destino ao Paraguai, encontrava-se um passageiro turco de nome Adem Seyrek, conhecido como contrabandista de pessoas de nacionalidade iraquiana ou síria.

Às fls. 105/108 a denúncia foi recebida, oportunidade em que se reconheceu a conexão relativamente aos autos de nº 0002471-18.2015.403.6119, decretou-se a prisão preventiva em desfavor de Judiar, com adoção de medidas cautelares alternativas em relação à Nazi, e determinou-se ainda a citação dos acusados.

Folhas de antecedentes negativas em relação aos denunciados às fls. 157/158 e 176/177.

Revogada a prisão preventiva de Judiar nos autos nº 0004821-46.2015.403.6119.

Resposta à acusação de Judiar (fls. 179/181) e de Nazi (fls. 196/199).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Preliminar

2.1.1 Excludente supralegal - inexigibilidade de conduta diversa

Tanto a defesa de Judiar quanto a de Nazi alegam inexigibilidade de conduta diversa:

... eis que o acusado, embora tivesse apresentado passaporte, em tese, falsificado ou de informações ideologicamente falsas, o mesmo foi coagido pela necessidade vivenciada em seu País, com o fim de buscar refúgio e proteção à sua vida, além da integridade física e moral (fl. 180)

... necessário considerar-se que a acusada, consoante suas declarações em sede policial (fls. 05 e 72), tentava sair da República do Iraque em busca de melhores condições de vida, a seu juízo, no continente europeu, onde seu marido se encontra fazendo tratamento médico para os rins. (fl. 197)

Sobre a exigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, esclarecedora a lição de Rogério Greco:

Temos, portanto, como conceito de exigibilidade de conduta diversa a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. Cury Urzúa define a exigibilidade como a “possibilidade, determinada pelo ordenamento jurídico, de atuar de uma forma distinta e melhor do que aquela a que o sujeito se decidiu”.

Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar o seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão se aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. (*in* Curso de Direito Penal. v. 1. 12ed. RJ: Impetus. p.395.)

Em se tratando de excludente da culpabilidade, o ônus da prova fica a cargo da defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Da acurada análise do conjunto probatório carreado aos autos, bem como a oitiva dos delegados da Polícia Federal responsáveis pelo caso em sede do processo 0005085-93.2015.403.6119, bem como a oitiva dos denunciados KALED EHSSAN KASEM e GALIYA MOHAMAD AMIN YUNES em sede do processo 0005085-93.2015.403.6119, restou comprovado que os acusados, cabalmente, não poderiam agir de outra maneira, sob pena de colocar em risco sua própria sobrevivência.

Os denunciados são iraquianos de origem curda, que vivem na zona de conflito do Oriente Médio devastada pela guerra civil e perseguição religiosa contra a minoria curda, fatos estes notoriamente conhecidos e manchete diária dos meios de comunicação jornalística. Vale frisar que o denunciado Judiar foi ouvido, na qualidade de testemunha, no processo cujo réu é ADEM SEYREK. Judiar fala árabe como segunda língua e Nazi, analfabeta, fala somente curdo. Eles informaram que ficaram no conector do Aeroporto Internacional por quase dois meses com as duas crianças.

Judiar e Nazi esclareceram que são iraquianos curdos cuja região é palco de guerra, destruição, miséria e perseguição étnico-religiosa por parte de grupos extremistas. Afirmam que buscavam chegar à Europa em busca de uma vida melhor e, a partir daí, teriam condições de buscar o resto da família. Afirmaram que foram orientados a tirar passaporte com outra nacionalidade, sob pena de não conseguirem ingressar na Europa.

Nazi, iraquiana de origem curda, viajava com seus filhos menores impúberes Walid Sardal Elias e Khayal Sadal Elias, também fugindo da guerra civil, e objetivavam alcançar a Europa

em busca de uma vida melhor e encontrar o pai das crianças que afirma morar na Alemanha.

Vale ainda anotar que a Embaixada Francesa esclareceu a este juízo que não tem informações alguma a respeito de envolvimento de Judiar no contrabando de pessoas. Assim, restou demonstrado que ele e Nazi são vítimas da guerra, de perseguições étnico e religiosa, bem como de suposto esquema ilegal na Turquia de tráfico de pessoas.

Conforme publicado no Jornal Folha de São Paulo em 15/02/2015 e esclarecido no depoimento do Delegado da Polícia Federal Honazi Farias em sede dos autos nº 0005085-93.2015.403.6119, há um esquema ilegal que usa o Brasil como rota na fuga de iraquianos e sírios com destino a Europa. Segundo a publicação e as informações da Polícia Federal, sírios e iraquianos deixam seus países fugindo da guerra e vão, via terrestre (a pé ou de carro), para a Turquia. Na Turquia estes fugitivos da guerra são abordados por criminosos que oferecem pacotes de até 14 mil euros para obtenção de passaportes falsos e passagens aéreas. São embarcados em direção ao Brasil e são aqui recepcionados por um integrante do grupo da Turquia, ficam alguns dias em território brasileiro e, após, em posse de passaporte falso, são embarcados para Europa.

Por tudo isso ficou demonstrado, considerando o contexto social, religioso, étnico e o estado de guerra, não se podia exigir dos acusados que tivessem padrão de culpabilidade distinto, restou patente que visavam apenas fugir da zona de conflito, buscando a própria sobrevivência.

Trata-se o caso em tela de questão humanitária e não criminal. Não se poderia exigir ou esperar que os denunciados se comportassem de forma diversa, uma vez que o contexto do qual são oriundos é de patente violação à dignidade a pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana, cabe salientar, nos termos da lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. (*in* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.50.)

Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro tem como norte a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), bem como a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, III, CF/88).

Urge sobre o caso em tela uma interpretação sistemático-teleológica, conforme magistral lição de Francesco Ferrara:

O jurista há-de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de proteção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto em toda plenitude que assegure tal tutela.

(...) Não se pode afirmar a priori como absolutamente certa uma dada interpretação, embora consiga num dado momento o aplauso mais ou menos incontestado da doutrina ou magistratura. A interpretação pode sempre mudar quando se reconheça errônea ou incompleta. Como toda a obra científica, a interpretação progride, afina-se. (*in* Interpretação e Aplicação das Leis. Tradução Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia, 1937.p. 23.).

Ressalta-se, que este Juízo em momento algum considera insignificante a falsificação ou uso de documento, condutas tipificadas no Código Penal pátrio. Mas sim, que não é razoável exigir de pessoas que vivem um massacrante e sanguinário conflito político, étnico e religioso conduta diferente, pois o único escopo desses era buscar meios de sobrevivência, de melhores condições de vida para si e suas famílias, era buscar a dignidade humana reiteradamente violada, usurpada.

Conforme magistral lição de Aníbal Bruno no tocante ao juízo de reprovação relacionado à culpabilidade, “é necessário ainda que, nas circunstâncias, seja exigível do agente uma conduta diversa; que a situação total em que o proceder punível se desenvolve não exclua a exigência do comportamento conforme ao Direito que se pode reclamar de todo homem normal em condições normais.” (Direito Penal, tomo 2, RJ: Forense, 1967. p. 97. Destaquei.)

Conforme se verifica do acervo probatório, a única alternativa para os denunciados era aderir ao plano de fuga da guerra civil e da perseguição étnico-religiosa que culminou com a obtenção de passaportes falsos.

Diante de todo o exposto, restou provada a inexigibilidade de conduta diversa, o que impõe a absolvição sumária dos réus JUDIAR KHAYRI ALI (iraquiano) e NAZI YZDI ARAB (iraquiana).

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, a fim de ABSOLVER SUMARIAMENTE os acusados JUDIAR KHAYRI ALI (iraquiano) e NAZI YZDI ARAB (iraquiana), já qualificados, com fulcro no art. 397, II, do Código de Processo Penal.

Após o trânsito em julgado: a) comunique-se aos órgãos de praxe; b) altere-se a situação das partes; c) arquivem-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Guarulhos, 02 de junho de 2015.

Juíza Federal Substituta CAROLINE SCOFIELD AMARAL



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA N° 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU n° 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA N° 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC n° 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA N° 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag n° 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA N° 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS n° 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA N° 13

O artigo 201, parágrafo 6°, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU n° 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA N° 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU n° 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA N° 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA N° 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei n° 2.288/1986.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA N° 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA N° 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto n° 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA N° 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA N° 20

A regra do parágrafo 3° do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU n° 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA N° 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei n° 2.288/86.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA N° 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3° do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA N° 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA N° 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA N° 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula n° 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA N° 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA N° 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide Conflito de Competência nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ Súmulas aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015.

SÚMULA N° 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula n° 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei n° 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula n° 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula n° 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 12

Incidirá a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei n° 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula n° 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula n° 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei n° 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula n° 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula n° 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula n° 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula n° 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, insere no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula n° 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

Impressão e acabamento:
Divisão de Serviços Gráficos



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1532