

REVISTA

ANO XXV - N. 123 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2014 - ISSN 1982-1506

A implementação judicial do direito à educação no Brasil: análise sob a perspectiva do STF

Bruno César Lorencini
Juiz Federal



As convenções da Organização Internacional do Trabalho e o direito interno

Ricardo de Castro Nascimento
Juiz Federal

A assistência aos desamparados no artigo 203 da Constituição Federal brasileira e em outros países da América Latina

Antonio Carlos Cedenho
Desembargador Federal

O princípio da proteção especial da família: uma vertente da extrafiscalidade no direito tributário

Samuel de Castro Barbosa Melo
Juiz Federal

Subjetividade no pós-positivismo: breve ensaio sobre a dificuldade da aplicação de princípios

Rogério Volpatti Polezze
Juiz Federal



O crime de importação de medicamentos sem registro no órgão nacional de vigilância sanitária competente e o excesso no exercício da discricionariedade legislativa

Louise Vilela Leite Filgueiras Borer
Juíza 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 XXV	n. 123	p. 1-550	out./dez. 2014
---	-----------	---------	--------	----------	----------------

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⁾
 Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Corregedora-Regional⁽⁴⁾
 MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89⁽⁵⁾
 DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
 THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
 MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
 ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
 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
 WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
 Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
 TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 05/12/2014.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

LUIZ STEFANINI - Presidente
 MARCELO SARAIVA
 MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
 COTRIM GUIMARÃES - Presidente
 ANTONIO CEDENHO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

MÁRCIO MORAES
 DIVA MALERBI
 NERY JÚNIOR
 CARLOS MUTA - Presidente

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE - Presidente
 MARLI FERREIRA
 ALDA BASTO
 MÔNICA NOBRE

SEXTA TURMA:

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

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
 TORU YAMAMOTO
 VALDECI DOS SANTOS - Juiz Federal
 DENISE AVELAR - Juíza Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
 THEREZINHA CAZERTA - Presidente
 TÂNIA MARANGONI
 DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS - Presidente
 DALDICE SANTANA
 SOUZA RIBEIRO
 CARLOS DELGADO - Juiz Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
 SÉRGIO NASCIMENTO
 WALTER DO AMARAL
 LUCIA URSAIA

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
 PAULO FONTES
 HÉLIO NOGUEIRA - Juiz Federal

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

- A implementação judicial do direito à educação no Brasil: análise sob a perspectiva do STF*
Bruno César Lorencini 15
- As convenções da Organização Internacional do Trabalho e o direito interno*
Ricardo de Castro Nascimento 29
- A assistência aos desamparados no artigo 203 da Constituição Federal brasileira e em outros países da América Latina*
Antonio Carlos Cedenho..... 41
- Subjetividade no pós-positivismo: breve ensaio sobre a dificuldade da aplicação de princípios*
Rogério Volpatti Polezze 63
- O princípio da proteção especial da família: uma vertente da extrafiscalidade no direito tributário*
Samuel de Castro Barbosa Melo 81
- O crime de importação de medicamentos sem registro no órgão nacional de vigilância sanitária competente e o excesso no exercício da discricionariedade legislativa.*
Louise Vilela Leite Filgueiras Borer 99

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Ação Civil Pública. Estação ferroviária desativada. Município de São José dos Campos. Elemento de preservação. Ausência de tombamento. Adoção de medidas de conservação mínimas custeadas pelo fundo de preservação municipal.*
AC 0003381-16.2003.4.03.6103
Desembargador Federal Mairan Maia 131

Responsabilidade civil do Estado. Paciente cega em razão de reações adversas de medicamento utilizado para tratamento de artrite reumatoide. Ausência de acompanhamento adequado. Fato lesivo, danos moral e material e nexos causal comprovados. Indenizações devidas.

AC 0000412-12.2004.4.03.6000

Desembargador Federal André Nabarrete 142

Ação Popular. Transferência do controle acionário de companhia subsidiária. Ausência de gratuidade. Autorização legislativa específica. Ausência de lesão ao erário. Instituição financeira. Sociedade de economia mista. Fiscalização pelo BACEN, SUSEP e Tribunal de Contas. Regularidade financeira demonstrada. Requisitos do edital atendidos.

REO 0002154-92.2006.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira 158

ECT. Postagem de encomenda. Responsabilidade civil. Pedido de danos materiais, morais e lucros cessantes. Ausência de prova do “quantum” relativo ao dano material. Valor não declarado da encomenda.

AC 0014421-90.2006.4.03.6102

Desembargadora Federal Mônica Nobre 163

Exercício da profissão de despachante aduaneiro. Renovação de credencial. Acesso a áreas alfandegadas de segurança nacional. Aeroporto internacional. Antecedentes sociais. Certidão positiva da Justiça Federal. Crimes relacionados com o tipo de atividade exercida pelo requerente. Impedimento. Princípio da presunção da inocência não violado. Supremacia do interesse público. Discricionariedade. Exigência razoável, proporcional e legal.

Ag AMS 0003635-62.2008.4.03.6119

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 171

Responsabilidade civil subjetiva. Acidente do trabalho. Indenização. Danos morais e materiais. Pensão. Idade limite 25 anos. Culpa exclusiva da vítima. Inexistência. Cumulação com benefício previdenciário pago pelo INSS. Culpa do empregador caracterizada. Negligência. 13º salário. Direito de crescer. “Quantum” indenizatório.

AC 0013805-59.2009.4.03.9999

Desembargador Federal Nery Júnior.....176

Ensino superior. Certificado de conclusão do ensino médio por meio do ENEM. Requisitos da Portaria do Ministério da Educação não preenchidos. Idade mínima de 18 anos na data da 1ª prova. Impossibilidade. Fato consumado não caracterizado.

AMS 0000442-86.2014.4.03.6003

Juiz Federal Convocado Ciro Brandani 190

Expediente Administrativo - CORE. Determinação judicial para realização de indiciamento “contra a convicção do delegado de polícia”. Ausência de irregularidade da ordem judicial.

PA 0009119-31.2014.4.03.8000

Desembargadora Federal Salette Nascimento..... 196

DIREITO CIVIL

Ação civil pública. Reabertura/instalação de postos físicos de atendimento ao consumidor de serviço público de telefonia fixa, substituídos por “call center” notoriamente ineficaz. Inexistência de invasão, pelo Judiciário, de prerrogativas da agência reguladora. Dano moral coletivo juridicamente possível.

AC 0007603-16.2001.4.03.6000

Desembargador Federal Johanson di Salvo205

SFH. Seguro adjeto ao pacto de mútuo. Ilegitimidade passiva da CEF. Apólice privada. Não comprometimento do FCVS.

Ag AI 0031828-72.2012.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira..... 221

DIREITO PENAL

Falsificação de documento particular. Uso de documento falso com o fim de fazer prova em ação trabalhista. Materialidade e autoria comprovadas. Dolo. Crime formal. Potencialidade lesiva.

ACr 0005482-91.2011.4.03.6120

Desembargador Federal José Lunardelli 227

Delitos dos artigos 289, § 1º; 180, do Código Penal; e 16, parágrafo único, I, da Lei nº 10.826/2003. Aquisição de automóvel e motocicleta produtos de crime. Guarda de cédulas falsas e revólver municiado.

ACr 0012459-05.2011.4.03.6119

Desembargador Federal Peixoto Junior233

Tráfico internacional de drogas. Consideração da natureza e quantidade da droga na fixação da pena-base e da especificidade do entorpecente na determinação do patamar da causa de diminuição prevista pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Possibilidade. Prevalência do voto vencido quanto ao patamar de diminuição.

EIfNu 0013338-12.2011.4.03.6119

Desembargador Federal Luiz Stefanini248

Moeda falsa. Artigo 289, § 1º, do Código Penal. Dolo. Guarda de uma única cédula falsa entre muitas outras verdadeiras. Boa-fé. Insuficiência de provas. Absolvição.

ACr 0002343-21.2012.4.03.6113

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....260

Delito do artigo 272, § 1º-A e § 1º, do Código Penal (adulteração de bebidas). Crime formal e de perigo abstrato. Falta de justa causa. Prova da materialidade delitiva e indícios de autoria. Recebimento. “In dubio pro societate”. Aplicabilidade.

RSE 0000296-34.2014.4.03.6136

Desembargador Federal André Nekatschalow 263

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. União homoafetiva.

ApelReex 0008761-71.2003.4.03.6183

Desembargador Federal Souza Ribeiro 271

Aposentadoria por tempo de serviço. Pedágio. Requisito etário não cumprido. Requisitos para aposentadoria integral por tempo de serviço cumpridos no curso da demanda. Prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva.

Ag AC 0000552-07.2004.4.03.6110

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 277

Salário-maternidade. Trabalhadora rural. Ausência de início de prova material. Possibilidade de concessão do benefício.

Ag AC 0015611-95.2010.4.03.9999

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta282

Readequação de benefício. Emenda Constitucional nº 41/2003. Constitucionalidade da limitação ao teto. Desprovisionamento.

Ag AC 0005144-29.2011.4.03.6311

Desembargador Federal Baptista Pereira286

Pensão por morte. Incidente de juízo de retratação. Estudante universitário. Taxatividade da lei previdenciária. Impossibilidade. Valores recebidos por força de tutela antecipada. Restituição indevida.

AC 0006629-58.2011.4.03.6119

Desembargador Federal Sérgio Nascimento290

Pensão por morte. Ausentes os requisitos para concessão do benefício. Intuito de prequestionamento.

EDcl AC 0006871-47.2011.4.03.6109

Desembargadora Federal Tânia Marangoni 293

Revisão de aposentadoria por tempo de contribuição. Auxiliar de banco de sangue em ambiente hospitalar. Atividade especial.

AC 0006349-92.2012.4.03.6106

Desembargadora Federal Daldice Santana..... 300

Benefício assistencial. Pressuposto de miserabilidade. Recurso repetitivo. Reforma do julgado anteriormente proferido. Concessão do benefício.

Ag AC 0025025-49.2012.4.03.9999

Desembargador Federal Toru Yamamoto303

Aposentadoria por invalidez. Segurado facultativo. Perda da qualidade. Recolhimento com atraso.

EDcl AC 0031447-40.2012.4.03.9999

Desembargador Federal David Dantas 308

<i>Desaposentação. Devolução dos valores. Impossibilidade. Renúncia não configurada.</i> AC 0000651-57.2013.4.03.6143 Desembargadora Federal Marisa Santos.....	312
<i>Auxílio-acidente e aposentadoria por tempo de contribuição concedida após a entrada em vigor da Lei nº 9.528/1997. Percepção cumulada. Impossibilidade.</i> Ag AMS 0002912-82.2013.4.03.6114 Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos.....	330
<i>Desaposentação. Possibilidade. Renúncia e concessão de outra aposentadoria mais vantajosa. Desnecessidade de devolução dos valores já recebidos. Desnecessidade de sobre-tamento. Decadência não configurada.</i> Ag AC 0006405-03.2013.4.03.6103 Desembargador Federal Fausto De Sanctis.....	334
<i>Revisão de benefício. Afastamento do fator previdenciário. Impossibilidade.</i> Ag AC 0030216-41.2013.4.03.9999 Juíza Federal Convocada Denise Avelar	346
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	
<i>Embargos à Execução Fiscal. Multa por infração à CLT. Trabalhadores sem registro em CTPS. Contratação por meio de cooperativa. Não caracterização de vínculo empregatício. Nulidade da autuação em relação aos menores de idade. Presunção de certeza e liquidez da CDA ilidida. Autuação afastada.</i> AC 0041984-81.2001.4.03.9999 Desembargadora Federal Alda Basto.....	353
<i>FIES. Fiança. Limitação da garantia aos instrumentos assinados pelo fiador.</i> Ag AC 0001690-58.2008.4.03.6113 Desembargador Federal Antonio Cedenho.....	366
<i>Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso excepcional. Cabi-mento. Representativo da controvérsia. CRF. Dispensário de medicamentos. Presença de farmacêutico. Desnecessidade. Recurso manifestamente protelatório. Multa por litigância de má-fé.</i> AgRg AC 0019659-97.2010.4.03.9999 Desembargadora Federal Cecília Marcondes	371
<i>Desapropriação. Reforma agrária. Decreto de interesse público. Decurso de prazo. Óbice do Judiciário. Extinção do feito. Impossibilidade. Interesse na demanda reconhecido.</i> Ag AI 0016313-60.2013.4.03.0000 Desembargadora Federal Cecilia Mello	379
<i>Restituição. Liquidação por artigos. Imposto de renda retido na fonte. Comprovação.</i> AI 0028153-67.2013.4.03.0000 Desembargador Federal Márcio Moraes.....	383

Expedição de precatório em nome de sociedade de advogados. Cessão de crédito. Instrumento particular. Ausência de registro. Ineficácia em relação a terceiros.

Ag AI 0007160-66.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca386

Ação anulatória de ato administrativo de concessão de benefício de auxílio-doença acidentário. Decisão de reconhecimento da incompetência do Juízo Federal Cível e determinação de encaminhamento para o Juízo Federal Previdenciário. Reforma da decisão. Incompetência da Justiça Federal. Remessa à Justiça Estadual.

AI 0007543-44.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Walter do Amaral..... 391

Agravo de instrumento. Conversão em retido. Reforma da decisão proferida pelo relator. Impossibilidade.

Ag AI 0019840-83.2014.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Carlos Delgado398

Suspensão de tutela antecipada. Ação Civil Pública. Sistema Cantareira. Caráter regional do suposto dano. Usurpação de competência.

SLAT 0026249-75.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 400

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Nulidade. Reconhecimento de ofício. Audiência de oitiva da vítima perante o juízo de origem sem a presença dos réus presos.

ACr 0009515-45.2006.4.03.6106

Desembargador Federal Nino Toldo 413

Crime do artigo 20, § 2º da Lei nº 7.716/1989. Consumação no momento em que publicada a matéria. Competência fixada em razão do lugar em que a etnia ofendida tomou conhecimento do artigo veiculado: descabimento.

RSE 0001358-60.2013.4.03.6002

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita.....417

“Habeas Corpus”. Cabível contra decisão que rejeita exceção de incompetência. Incompetência da autoridade impetrada não verificada. Possível a simultaneidade de ações penais no Juízo Estadual e em outros Juízos Federais, pertinentes ao delito de tráfico internacional de drogas e organização criminosa, ou mesmo associação. Reiteração de argumento. Impossibilidade.

HC 0020993-54.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....420

“Habeas Corpus”. Prisão preventiva até expulsão pelo Ministro de Estado da Justiça. Expulsão para a Nigéria prevista para o dia 16/10/2014. Inequívoco risco à sua vida e à sua saúde em função do surto do vírus Ebola que assola aquele país. Recomendação da Defensoria Pública da União ao Ministério da Justiça para suspensão da expulsão dos estrangeiros naturais dos países onde há epidemia.

HC 0026241-98.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Fontes 427

DIREITO TRIBUTÁRIO

Imposto sobre a renda. Cooperativa. Excesso de remuneração dos dirigentes. Não-incidência. Juízo de retratação. Remessa oficial. Conhecimento. Inexistência de valor de alçada. Sentença proferida antes da entrada em vigor da Lei nº 10.352/2001.

REO 0049622-49.1993.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Miguel di Pierro 433

CSLL e IRPJ. Preço de transferência. Método de preço de revenda menos lucro - Prl 60. Preço parâmetro. Valor agregado. Legalidade.

AMS 0028594-62.2005.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Muta 438

SENTENÇAS

Declaração de produtividade de fazenda. Anulação de Relatório Agrônomo de Fiscalização que embasou Decreto de Desapropriação.

0000013-33.2003.4.03.6124

Juiz Federal Bruno Santhiago Genovez..... 455

Ação Penal. Administrador responsável. Receitas não declaradas sujeitas à incidência de COFINS e PIS. Operações fictícias de compra e venda de títulos da dívida pública. Condenação à pena de privativa de liberdade cumulada com pena pecuniária e reparação de danos à coletividade.

0001149-49.2007.4.03.6181

Juiz Federal Ali Mazloum 464

Ação Civil Pública. Pedido de registro de marcas e patentes no INPI. Pleito de acesso de todos os cidadãos ao peticionamento, sem exigência de habilitação especial. Declaração de inconstitucionalidade “incidenter tantum”.

0020172-59.2009.4.03.6100

Juíza Federal Leila Paiva Morrison 472

Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Pedido de busca, apreensão e restituição de menor. Alegação de que a mãe retirou o filho dos Estados Unidos da América sem consentimento do pai. Manutenção da criança no local onde está adaptada.

0016040-22.2010.4.03.6100

Juíza Federal Rosana Ferri 520

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Contrato de transporte escolar de alunos.
0001225-08.2011.4.03.6125

Juiz Federal Tiago Bitencourt de David 532

Embargos de terceiro. Execução de título extrajudicial em face de herdeiros do representante legal da empresa executada. Ilegalidade. Necessidade de abertura de processo de inventário.

0000877-64.2014.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 541

SÚMULAS 547



Artigos Doutrinários

A implementação judicial do direito à educação no Brasil: análise sob a perspectiva do STF



Bruno César Lorencini

Juiz Federal Substituto do TRF da 3ª Região. Professor de Direito Constitucional, Direito Internacional e Ciência Política da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito do Estado pela Universidade São Paulo – USP. Doutor em Direito Administrativo, Financeiro e Processual pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito Político e Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SUMÁRIO: 1. Direito à educação: direito subjetivo ou promessa estatal? 2. A justiciabilidade imediata do direito à educação: o caso do artigo 208, IV, da Constituição Federal (creche e pré-escola). 3. A questão da erradicação do analfabetismo. 4. Conclusões. Bibliografia.

1. Direito à educação: direito subjetivo ou promessa estatal?

A previsão normativa do dever estatal de promover a educação é uma característica marcante das Constituições sociais elaboradas na segunda metade do século XX, especialmente após o segundo conflito bélico mundial, traduzindo – ao lado de outros direitos sociais, como a saúde, a previdência social e a assistência social – a função intervencionista e prestadora que o ente estatal assumiu nesta nova configuração constitucional.

O advento das Constituições sociais está ligado à superação do modelo liberal clássico antecedente. O constitucionalismo social representa, conjuntamente com a teoria econômica de Keynes e o intervencionismo estatal que dela advém, a tentativa de atenuar a tensão disseminada na sociedade causada, entre outros fatores, pelo aumento do número de excluídos e oprimidos decorrente das crises econômicas no início do século XX – espe-

cialmente o *Crash* de 1929 – e dos conflitos bélicos mundiais. Ressalte-se, ainda, como variante importante a difusão da proposta socialista, à época em grande avanço no mundo oriental, que serviu de supedâneo teórico para os movimentos reivindicatórios das massas.

No campo estritamente jurídico, em que se situa nossa análise, verificamos que a grande inovação do constitucionalismo social foi a inserção de direitos à prestação estatal no catálogo de direitos fundamentais. Obriga-se, assim, o Estado a atuar *positivamente* na asseguuração de serviços e proteção aos cidadãos, quebrando com a lógica tipicamente liberal de que o ente estatal deveria se manter inerte e neutro em relação às questões sociais, sob a premissa de que a autorregulação do livre mercado levaria naturalmente ao equilíbrio na distribuição dos bens e serviços à sociedade.

Há, contudo, sensível ganho em complexidade quando se indaga acerca da conformação dos direitos sociais previstos na

Constituição no plano da realidade concreta. Isto porque todo direito social envolve, em certa medida, um *grau de promessa*, de *programa*, de *objetivo* do Estado, não sendo possível taxar – como ocorreria no caso de um direito tipicamente liberal – o que se espera do ente estatal na consecução, por exemplo, do direito à educação. Alexy alerta para esta dificuldade:

(...) os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ou pelo menos não com a mesma intensidade. Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos.¹

A questão que surge na doutrina, portanto, é saber se o dever de prestação que o constitucionalismo social traz ao Estado se apresenta como um *direito público subjetivo*² ou se, ao revés, aludido dever não passa de uma norma programática³ enunciada da Carta

constitucional, cuja conformação dependerá de um constante e progressivo fluir de políticas públicas adotadas pelo Estado.

Parece-nos que a resposta a essa difícil questão não deve ser maniqueísta, isto é, “o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo ou nada”.⁴ De fato, os direitos sociais possuem tanto uma *dimensão subjetiva* quanto uma *dimensão objetiva*. Isto é claro, por exemplo, para Canotilho, para quem os direitos sociais são compreendidos como “autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”.⁵ Por outro lado, o mesmo autor reconhece a tais direitos uma dimensão objetiva no sentido de consolidarem *imposições legiferantes*, ou seja, vinculam o legislador na implementação das políticas necessárias à concretização destes direitos, e, ainda, por vezes, implicam “o fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais”.⁶

O ponto nevrálgico, portanto, mais do que identificar os direitos sociais como veiculadores de direitos subjetivos ou como meras normas programáticas, é saber se as prestações estatais que os concretizam podem ser reivindicadas com fundamento direto e exclusivo na disposição constitucional, ou se é indispensável a atividade política legiferante e administrativa para vincular o Estado a fornecê-las. A questão não é, por evidente, meramente teórica, uma vez que, caso indiquemos com verdadeira a primeira assertiva, teremos por certo que a questão será judicializável, ou seja, poderá o Poder Judiciário impor ao Estado o fornecimento da prestação

1 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 510.

2 Destaca-se, aqui, o conceito de direito subjetivo trazido por Ferraz Júnior, como sendo a “posição de um sujeito numa situação comunicativa, que se vê dotado de facultades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35.

3 Normas programáticas são entendidas como aquelas que condensam princípios e traçam objetivos de conteúdo eminentemente social. Canotilho destaca que “a relevância delas seria essencialmente política, pois servem apenas para a pressão política sobre os órgãos competentes”. O próprio autor ressalva, contudo, que, sob o ponto de vista jurídico, a introdução de direitos sociais por intermédio de programas constitucionais tem relevo no sentido de

“obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 474-475.

4 *Ibidem*, p. 502.

5 *Ibidem*, p. 476.

6 *Ibidem*, p. 476.

diretamente ao sujeito lesado em seu direito social; se, ao contrário, considerarmos correta a segunda afirmação, temos que caberá ao Judiciário, quando muito, o reconhecimento de que existe a omissão legislativa, aplicando a teoria do *apelo ao legislador*.⁷

E, também aqui, não é possível uma posição maniqueísta: nem todo direito social será reivindicável a partir de sua mera previsão constitucional, mas alguns serão. É necessário, sem dúvida, estabelecer um *critério*, mesmo que de conteúdo *aberto*, que possibilite a distinção entre as hipóteses nas quais o juiz poderá diretamente conferir concreção à norma constitucional, daquelas em que ele deve se autorrestringir, reconhecendo a eficácia limitada do dispositivo constitucional, reservando sua concreção à atividade do legislador.

O critério que julgamos mais adequado – embora admitindo, desde já, sua excessiva abertura interpretativa –, é o do *mínimo existencial*, que já foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF em diversos precedentes, dentre os quais destacamos o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Segundo o ministro, o mínimo existencial representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, “emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa

humana”,⁸ e concretiza indubitável garantia constitucional. Vale trazer a compreensão do Ministro Celso de Mello acerca de aludido critério:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.⁹

É evidente que a afirmação do *mínimo existencial* como critério para nortear quando o juiz pode, diretamente, concretizar um direito social, traz grande abertura ao fenômeno que tem sido nomeado pela doutrina como *ativismo judicial*. Este fenômeno se caracteriza, essencialmente, pelo Judiciário assumindo diretamente a concretização dos dispositivos constitucionais, principalmente a partir da fundamentação em princípios abertos, como a dignidade da pessoa humana, a força normativa da Constituição, a razoabilidade, entre outros. Alguns o têm identificado como um movimento concertado e autônomo, alcunhado como *neonstitucionalismo*, não sendo, contudo, poucas as vezes que refutam essa nomenclatura e, principalmente, aludida autonomia e sistematização.

Embora o aprofundamento de todos os contornos que este fenômeno tem assumido na contemporaneidade escape aos limites deste estudo, é fato que um Judiciário mais ativo,

7 A teoria do *apelo ao legislador* tem sido a tradicionalmente aplicada pelo STF na questão da inconstitucionalidade por *omissão legislativa*, conforme precedente do Mandado de Injunção nº 107/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves (DJ 21/09/1990). No caso, cabe à Corte Constitucional declarar a configuração da omissão, solicitando ao legislador a colmatação da lacuna. Há quem defenda, como Mendes, Coelho e Branco, que referida solicitação ao legislador teria conteúdo *mandamental*, o que não nos parece correto, uma vez que não há mecanismos indutivos de cumprimento da determinação judicial em relação ao legislador, como, por exemplo, a fixação de multa por descumprimento. Tem predominado o entendimento de que o ato da Suprema Corte não passa, realmente, de um *apelo*, que ingressa no âmbito de discricionariedade do legislador. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1140.

8 STF, ARE 639.337-AgrR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJe 14/09/2011.
 9 *Ibidem*.

principalmente por intermédio das Cortes Constitucionais,¹⁰ é uma realidade cada vez mais comum nas democracias ocidentais, sendo a jurisprudência do STF um bom exemplo neste sentido. Decisões em que o Judiciário implementa diretamente políticas públicas,¹¹ estabelece determinadas situações e regulações jurídicas mediante a criação de normas abstratas,¹² concede direitos individuais e coletivos sem previsão expressa ou implícita na Constituição e na lei;¹³ são todos exemplos de decisões que podem, sob a perspectiva apresentada, ser consideradas *ativistas*.

É evidente que há, como não poderia deixar de ser, uma série de argumentos contrários ao ativismo judicial, partindo desde a questão da suposta *ilegitimidade democrática* do juiz, chegando ao real risco do *decisionismo judicial*, que vem bem descrito por Sarmento:

Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como normas na prática judiciária brasileira – só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão –, com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água ao vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão. Neste contexto, os operadores do direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juizes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.¹⁴

Independente de aludidas polêmicas, o fato é que o Judiciário é cada vez mais provocado para decidir acerca de direitos sociais previstos na Constituição e não atendidos de forma satisfatória pelo Estado, sendo seu dever, por óbvio, fornecer respostas à sociedade, ainda que tais respostas consistam em reconhecer limites para decidir neste campo. E considerando que nosso tema envolve um dos direitos sociais mais sensíveis, a educação, e que, por vezes, as políticas públicas estabelecidas pelos poderes tipicamente políticos, Legislativo e Executivo, mostram-se

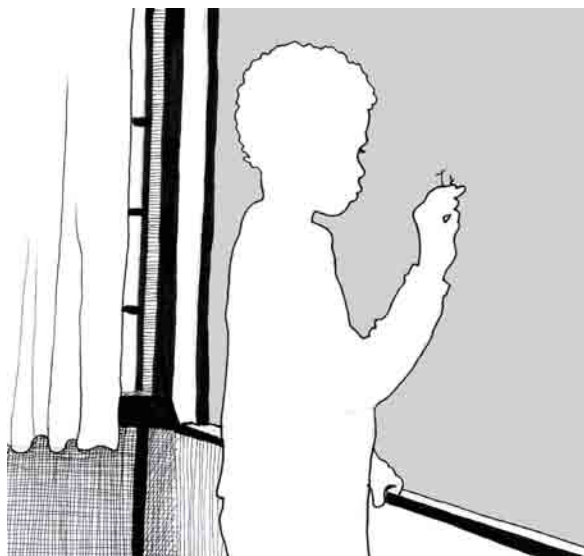
10 Pressupondo-se, é claro, que no sistema jurídico em questão a Corte Constitucional se caracterize como órgão integrante do Poder Judiciário, como é a realidade do STF no Brasil.

11 Caso, por exemplo, da decisão judicial que decide pelo fornecimento de medicamentos que não estão incluídos na lista do Sistema Único de Saúde (ver precedentes: RE 607.381-AgR/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 31/05/2011, DJe 16/06/2011; RE 271.286-AgR/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000; RE 368.564/DF, Primeira Turma, Relator para o Acórdão Ministro Marco Aurélio, j. 13/04/2011, DJe 09/08/2011 entre outros).

12 Caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 19/03/2009, DJe 30/06/2010), em que o STF, efetivamente, criou normas jurídicas abstratas firmando direitos e obrigações sobre as terras demarcadas.

13 Novamente tendo como parâmetro a jurisprudência do STF, a hipótese de greve por servidor público civil trata-se de bom exemplo de concessão de direito coletivo que, embora previsto na Constituição, não foi regulamentado pela lei – o que sempre se entendeu como indispensável. No caso, o STF utilizou a técnica da *sentença aditiva*, pela qual se estendeu aos servidores públicos a regulamentação conferida às greves da iniciativa privada. Neste sentido: MI 708/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008; MI 670/ES, Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008; MI 712/PA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008.

14 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.



insuficientes para assegurar o já citado *mínimo existencial*, é compreensível que o direito à educação se identifique como um dos mais judicializados.¹⁵

A partir dessas premissas, vejamos, sob a perspectiva de dois precedentes jurisprudenciais do STF, como tem sido resolvida a questão da implementação do direito à educação por intermédio do sistema judicial, distinguindo uma hipótese em que ele foi caracterizado como direito público subjetivo, de outra em que a Corte Constitucional se autolimitou.

2. A justiciabilidade imediata do direito à educação: o caso do artigo 208, IV, da Constituição Federal (creche e pré-escola).

O artigo 208 da Constituição Federal brasileira de 1988 traz um rol de deveres do Estado em relação à concretização do direito social à educação. Vale a pena transcrever o dispositivo para facilitar a análise:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a

garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Cada um dos sete incisos do artigo 208 descreve um aspecto essencial da conformação do direito social à educação no Brasil, inexistindo dúvidas acerca do fato de que constitui dever inderrogável do Estado a concretização de todos os dispositivos. A dúvida, contudo, consiste na solução do dilema

15 Equiparável, talvez, somente ao direito à saúde.

apresentado no item anterior: seria possível a judicialização de um litígio individual envolvendo o não atendimento, pelo Estado, de algum dos dispositivos elencados no artigo 208 ou deve-se reconhecer seu caráter meramente programático, no que se torna indispensável a promoção de política pública pelos poderes tipicamente políticos, ou seja, o Legislativo e o Executivo?

Pois bem, fácil perceber que em relação ao inciso I (educação básica obrigatória e gratuita), a própria Constituição fornece a resposta no parágrafo primeiro, quando afirma que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Não há maiores dúvidas, neste ponto, de que a Constituição expressamente autoriza que o indivíduo que tenha negado seu acesso ao ensino obrigatório e gratuito possa acionar diretamente o Poder Judiciário para fazer valer seu *direito subjetivo* a tanto. Na realidade, o que se verifica, *in casu*, é uma *política pública definida pela própria Constituição*, dispensando, para sua implementação, a atividade regulamentadora dos poderes Legislativo e Executivo, atividade esta, inclusive, que não poderá restringir o núcleo deontológico da norma.

A solução não é tão simples, contudo, em relação aos demais incisos. Em relação a estes, necessário, inicialmente, a aplicação do critério do *mínimo existencial*, já delineado, que funcionará como linha divisora para identificar a possibilidade de tutela jurisdicional imediata do direito.¹⁶ E considerando a

abertura do conceito de mínimo existencial, parece evidente que o espaço para a atividade interpretativa do Judiciário neste campo será amplo. Por aludida razão, a jurisprudência, especialmente a do STF, exercerá, em relação a normas de tal natureza, relevante efeito integrador, definindo a conformação mínima que o dispositivo constitucional assume na realidade concreta.

Foi exatamente o que ocorreu em relação à norma do inciso IV do artigo 208 da Constituição Federal, que prevê como dever do Estado a prestação de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade”.¹⁷ No precedente constante do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 23/08/2011, a Suprema Corte reconheceu a imposição ao Estado, por força do artigo 208, IV, da “obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até cinco anos de idade (...), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola”.¹⁸ Referido precedente repete posição já consolidada no âmbito da STF acerca da leitura do artigo 208, IV, entendendo-o como direito público subjetivo, passível de tutela jurisdicional imediata.

Alguns dos pontos normalmente levantados contra a aplicabilidade imediata da

16 Neste sentido se manifesta, também, o processualista Kazuo Watanabe: “A adoção do conceito de mínimo existencial é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da reserva do possível. O mínimo existencial procura assegurar o conteúdo básico do princípio da dignidade humana, ‘sem o qual – conforme bem pondera Ana Paula de Barcellos – se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio’ e sem essas prestações materiais mínimas correspondentes ao núcleo básico do princípio da dignidade ‘se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade’ (...). Admitir-se que em relação

ao mínimo existencial possa o Estado alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material, invocando a cláusula da reserva do possível, será o mesmo que admitir que alguém possa continuar vivendo em estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa Constituição, que é a dignidade da pessoa humana”. WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, n. 193, mar. 2011, p. 13.

17 Trata-se da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 53/2006, que alterou a redação anterior, que falava em “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”. Com exceção da redução etária, aludida alteração não trouxe maiores repercussões à interpretação do dispositivo.

18 STF, ARE 639.337-AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJe 14/09/2011.

norma em análise são igualmente afastados em aludido precedente e em outros de igual natureza.

O primeiro ponto, neste sentido, é a questão da chamada *cláusula da reserva do possível*, que, embora não tenha uma previsão constitucional expressa, tem sido entendida pela doutrina a partir da concepção de que o orçamento público é finito, razão pela qual a implementação de direitos sociais deverá observar as limitações próprias da capacidade arrecadatória do Estado e, também, a necessidade de distribuir os recursos entre os diversos campos de atuação estatal.

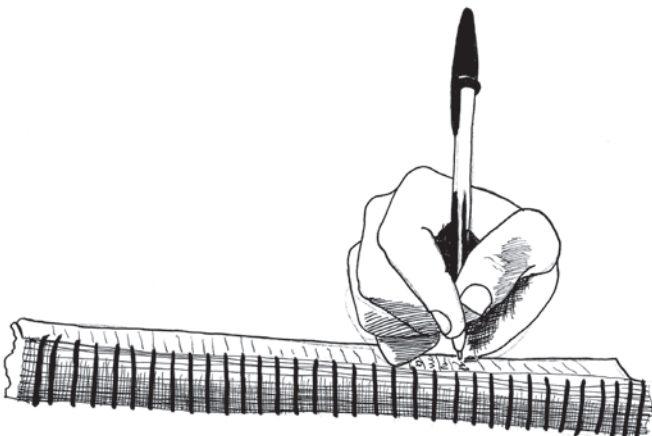
E um segundo ponto, que complementa o anterior, leva em consideração que somente será possível a correta gestão dos recursos públicos, implementando os direitos sociais de acordo com os limites financeiros do Estado, mediante políticas públicas promovidas pelo Legislativo e Executivo, que possuem uma visão *macro* acerca das necessidades sociais prioritárias. O Judiciário, ao revés, visualiza as questões no plano *micro*, isto é, pelo foco das lides concretas trazidas ao seu conhecimento, faltando-lhe recursos para analisar quais as necessidades sociais mais prementes e como gerir os recursos estatais de forma a privilegiar referidas prioridades.

Mesmo que os dois argumentos sejam verdadeiros como premissas, há que se ponderar que não podem ser utilizados como uma

via de escape das diretrizes constitucionais, principalmente aquelas suficientemente delimitadas no texto magno, a ponto de criarem direitos públicos subjetivos para o cidadão. Vale destacar a doutrina de Barcellos neste sentido:

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência de órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja, as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; *logo* (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.¹⁹



19 BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLI-

O que parece claro é que não é possível esvaziar a eficácia de normas constitucionais que implementam direitos sociais com base em questões meramente pragmáticas ou, ainda, com base na “reserva de competência” para os poderes Executivo e Legislativo. É evidente que pertence a estes a elaboração de políticas públicas e, claro, a realização das escolhas que serão prioritariamente atendidas; mas, ressalte-se, a Constituição não fornece uma “carta branca”, como se fosse opção do Estado a pura e simples inércia. É o que vem entendendo o STF:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”.²⁰

Em sede conclusiva, é possível verificar que, em relação à norma do artigo 208, IV, da Constituição Federal, o STF utilizou, fundamentalmente, dois argumentos para reconhecê-lo como um direito público subjetivo, isto é, como um direito passível de tutela jurisdicional imediata, independente

de qualquer regulamentação legislativa: (i) a norma em questão institui verdadeira *política pública constitucional*, ou seja, quando um juiz impõe sua execução não inova juridicamente, tampouco ingressa em área de “reserva política”, mas simplesmente *cumpre* a Constituição; e (ii) o direito ali estabelecido ingressa na seara do *mínimo existencial*, critério delimitador do campo no qual o Judiciário pode atuar de forma a fazer cumprir o direito social fundamental.²¹

Vejamos, agora, outro precedente, que recebeu uma abordagem diferente da Suprema Corte brasileira.

3. A questão da erradicação do analfabetismo.

Erradicar o analfabetismo é, sem dúvida, um objetivo fundamental do Estado brasileiro previsto em sua Constituição. Esta conclusão extrai-se de todo o sistema constitucional, seja quando o direito à educação é estabelecido como direito social fundamental no artigo 6º, *caput*, seja pela menção expressa do artigo 214, I:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal,

VEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 804.

20 STF, RE 410.715-AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006. No mesmo sentido: RE 582.825/SP, Relator Ministro Ayres Britto, j. 22/03/2012, DJe 16/04/2012; RE 464.143-AgR/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 15/12/2009, DJe 18/02/2010; RE 595.595-AgR/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, j. 28/04/2009, DJe 28/05/2009.

21 Novamente, reconhece-se que se trata de um conceito aberto, sujeito a diferentes cargas valorativas conforme o intérprete. A crítica, contudo, sempre esbarra na dificuldade de se fixar um critério que não seja excessivamente restritivo, esvaziando a força normativa da Constituição, e, ainda, que não seja demasiadamente amplo a ponto de esgotar o espaço da atividade política. Por outro lado, por mais aberto que seja um conceito, haverá zonas valorativas que não gerarão qualquer confusão, nas quais o critério é suficiente para seu propósito. As *zonas cinzentas*, que evidentemente existem, serão resolvidas por critérios hermenêuticos nem sempre unânimes, o que é absolutamente natural no campo das ciências humanas.

com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
 I - erradicação do analfabetismo;
 (...)

Fincado nesta premissa, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 1.698/DF no STF apontando, em suma, a “omissão do Executivo Federal em efetivar os princípios constitucionais atinentes à educação dos brasileiros”.²² Argumentavam os autores que os dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, publicados no Anuário Estatístico do Brasil do ano de 1995, noticiavam que, no ano de 1991, na faixa etária de 15 a 70 anos havia 15.405.311 analfabetos no meio urbano, enquanto que no meio rural esse número chegava, na mesma faixa etária, a 9.671.790, totalizando 25.077.101 pessoas.²³

O pedido veiculado em aludida ação era de que o STF determinasse ao Presidente da República a “adoção de medidas que visem à plena implementação desses postulados e princípios constitucionais”.²⁴

Coube ao STF, portanto, decidir se seria possível considerar a norma do artigo 214, I, e todas as outras que, ainda que de forma indireta, preveem a erradicação do analfabetismo no Brasil, passíveis de judicialização imediata. Em outras palavras, a Suprema Corte

foi provocada para dizer se a erradicação do analfabetismo é um direito público subjetivo que emana diretamente da Constituição, cuja concretização pode ser assegurada pelo Judiciário.

Pois bem, no precedente em questão, a Corte entendeu pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Mais importante que o resultado, contudo, é analisar qual foi o raciocínio construído para alcançar esta conclusão.

A relatora da ação constitucional foi a Ministra Carmen Lúcia, cujo fundamento para negar provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade foi a *inexistência de inércia do Poder Executivo*. De fato, a Ministra elencou uma série de fatos objetivos que demonstraram a existência de políticas públicas efetivamente promovidas pelos Poderes Executivo e Legislativo que, embora não tenham esgotado o grave problema do analfabetismo no Brasil, foram capazes de reduzir drasticamente o número de analfabetos.²⁵

Entre as medidas citadas pela Ministra, estão a edição da Lei nº 9.394/1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 10.172/2001, que aprovou o plano nacional de educação. Dentre as políticas sociais adotadas, a Ministra destacou o Programa Brasil Alfabetizado,²⁶ o Bolsa Família²⁷ e outras medidas promovidas pela

25 A Ministra referiu-se ao censo do IBGE do ano de 2000, quando se apurou a existência de 14,6 milhões de analfabetos no Brasil, ante os mais de 32 milhões presentes na época do ajuizamento da ação. *Ibidem*.

26 Programa governamental que inclui ampliação do período de alfabetização de seis para até oito meses; aumento de 50% nos recursos para a formação de alfabetizadores; estabelecimento de um piso para o valor da bolsa paga ao alfabetizador, aumentando a quantidade de turmas em regiões com baixa densidade populacional e em comunidades populares de periferias urbanas; implantação de um sistema integrado de monitoramento e avaliação do programa; maior oportunidade de continuidade da escolarização de jovens e adultos, a partir do aumento de 42% para 68% do percentual dos recursos alocados para estados e municípios. *Ibidem*.

27 Programa governamental que tem por objetivo a inclusão social das famílias em situação de pobreza e extrema pobreza por meio da transferência de renda e da promoção

22 STF, ADI 1.698/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 25/02/2010, DJe 15/04/2010.

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

União Federal, por intermédio do Ministério da Educação.

A Ministra, contudo, em nenhum momento afirmou a *impossibilidade do controle de políticas públicas por parte do Judiciário*. Aliás, nos debates transcritos no acórdão da ADI nº 1.698/DF, respondeu expressamente esta questão, levantada pelo Ministro Ayres Britto:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITO – Senhor Presidente, a eminente Relatora não está negando a possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão de políticas públicas no campo da educação.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (RELATORA) – Não, pelo contrário, até acentuo, em todos os campos do Direito Constitucional e muito mais dos direitos sociais. Até fiz um item específico sobre a possibilidade de se poder e dever cobrar a adoção de políticas públicas para chegar não apenas às normas de princípios e de regras, mas inclusive aos objetivos do artigo 3º, que só serão conseguidos quando se chegar à erradicação total do analfabetismo formal e informal.²⁸

Percebe-se, assim, que a solução encontrada não partiu de um *judicial self-restraint* por parte do STF, mas o puro e simples reconhecimento de que um dos pressupostos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que é exatamente a inércia dos poderes políticos em conferir efetividade à norma constitucional, não estava presente. Em nenhum momento, a Corte negou sua competência para declarar a inércia estatal e, eventualmente, adotar medidas concretas de



superação das omissões apontadas.²⁹

Como a Suprema Corte não avançou sobre o tema, cabe-nos questionar se a solução em relação ao atendimento de crianças até 05 anos de idade em creches e pré-escolas, abordada no item anterior, seria também possível em relação à erradicação do analfabetismo.

Pois bem, em que pese o STF tenha deixado esta possibilidade em aberto, não nos parece viável reconhecer na erradicação do analfabetismo qualquer direito público subjetivo invocável perante o Judiciário. Nesta seara, somente seria possível à Suprema Corte certificar a omissão dos poderes políticos e adotar a já mencionada *teoria do apelo ao legislador*, abstendo-se de qualquer medida concreta de efetivação da norma constitucional. Explicamos o porquê.

Inicialmente, há ampla diferença estrutural entre as normas constitucionais do artigo 208, IV (atendimentos em creches e pré-escolas para crianças até 5 anos de idade) e todas aquelas que, mesmo indiretamente,

do acesso aos direitos sociais básicos de saúde e educação. *Ibidem*.

28 É importante ressaltar, ainda, que houve voto divergente do Ministro Marco Aurélio, que entendia que as medidas adotadas eram insuficientes, devendo ser reconhecida a omissão dos poderes políticos na concretização das normas constitucionais. *Ibidem*.

29 Conforme mencionado em notas anteriores, é tendência recente marcante do Judiciário, inclusive e principalmente no âmbito do STF, o avanço sobre temas de omissão constitucional, seja na via concentrada, seja na via difusa do controle de constitucionalidade. Os citados precedentes do direito de greve do servidor público, da Reserva Raposa do Sol e decisões determinando o fornecimento de medicamentos não previstos em lista do Sistema Único de Saúde servem como exemplos nesta seara.

estabeleçam a *erradicação do analfabetismo*, inclusive a que expressamente utiliza o termo, a do artigo 214, I, já transcrito. De fato, no plano da deontologia, percebe-se que o modal deôntico³⁰ da primeira é muito mais preciso que o da segunda.

Isto implica dizer que o ajuizamento de uma ação, por qualquer indivíduo, pleiteando a matrícula de criança até 05 anos idade em uma creche e pré-escola poderá receber uma tutela jurisdicional suficientemente precisa, criando um dever de agir igualmente preciso por parte do Estado, qual seja o de fornecer aludido serviço. Ainda que o juiz não ingresse no mérito de saber a fonte dos recursos e se o orçamento público poderá suportar o ônus, a verdade é que lhe será possível fornecer um comando concreto e definido, pois a norma constitucional assim permite.

A solução não é idêntica em relação à erradicação do analfabetismo. O comando normativo *erradicar o analfabetismo* não é preciso como no caso anterior, pois mesmo que seja evidente que isto significa reduzir a zero o número de analfabetos no país, não é possível definir um rol de medidas concretas que alcancem aludido objetivo. Isto porque o analfabetismo é um grave problema social que não se resolve pelo mero fornecimento de ensino gratuito a todos; sabe-se que há questões profundas, mesmo culturais, que interferem decisivamente neste cenário. Como poderia uma sentença judicial definir a medida ou as medidas necessárias para solucionar a questão do analfabetismo no país?

Um segundo ponto, indispensável nesta análise, diz respeito ao *mínimo existencial*, que adotamos como critério distintivo para definir a seara em que pode o Judiciário atuar. É evidente que a alfabetização integra, no campo do direito à educação, o conteúdo básico deste direito social, razão pela qual aludido critério estaria atendido. No entanto,

esta argumentação somente faz sentido sob um ponto de vista *individual*, em que é possível identificar qual o obstáculo para o alcance da alfabetização (como, por exemplo, a falta de vaga em uma escola pública) e, assim, superá-lo por intermédio da sentença. Não é, contudo, sob esta perspectiva individual que a erradicação do analfabetismo é enunciado na Constituição, mas sim sob a perspectiva de um *objetivo do Estado em relação à sociedade*, uma *meta* geral a ser alcançada.

E aí reside outra diferença entre a concretização de uma norma como a do artigo 208, IV e outra que prevê como objetivo estatal erradicar o analfabetismo. No primeiro caso, o de fornecimento de creche e pré-escola a crianças de até 5 anos, é possível a fruição individual do direito ali previsto, sem alterar sua natureza e conteúdo. Em razão disso, afirma-se que nesse caso há uma *política pública definida pela própria Constituição Federal*. No segundo caso, contudo, não há qualquer sentido na visualização da erradicação do analfabetismo sob uma perspectiva individualizada, em uma lide concreta, pois uma norma de aludida natureza somente tem sua carga valorativa preservada quando considerada como um *programa ou objetivo* do Estado.

Percebe-se, portanto, que na questão da erradicação do analfabetismo apenas sob um ponto de vista *macro*, com a elaboração de políticas públicas, é que se torna possível cogitar da concretização da norma. E quando isto ocorre, a nosso ver, exclui-se a possibilidade do Judiciário atuar, uma vez que este, como já ressaltado, atua no plano *micro*, limitado pela demanda que lhe foi apresentada, ainda, ressalte-se, que referida demanda integre um processo objetivo de controle de constitucionalidade.³¹

30 No campo da deontologia jurídica, o modal deôntico deve ser interpretado como o comando extraído da norma, isto é, o *dever ser* da norma de direito.

31 Mesmo nas ações diretas no plano do STF ou, ainda, em ações que envolvam interesses difusos e coletivos, a verdade é que sempre o Judiciário atuará em um plano *micro*, pois ele sempre está limitado pelas questões postas a julgamento e pelos pedidos elaborados pelas partes. Sendo-lhe vedado transbordar esses limites, ele não pode,

Concluimos, portanto, que o parâmetro do *mínimo existencial* deve ser associado à análise da possibilidade da norma ser judicialmente tutelada sem perda de sua natureza e conteúdo. Em outras palavras, a sentença judicial para assegurar um direito social fundamental deve, pura e simplesmente, promover a concretização desta norma e não alterar sua natureza e conteúdo. Isto é possível no caso do artigo 208, IV, da Constituição Federal, mas não é viável em relação à erradicação do analfabetismo.

4. Conclusões.

Podemos afirmar, em linha conclusiva, que a implementação de direitos sociais por intermédio de sentenças judiciais deve ser considerada exceção, reservada a hipóteses em que há efetiva omissão por parte dos poderes Executivo e Legislativo em conferir concreção a um direito social fundamental previsto na Constituição Federal.

Realmente, o mecanismo natural e adequado para a conformação de direitos sociais constitucionais é a edição de políticas públicas por parte dos chamados poderes tipicamente políticos, Executivo e Legislativo, reservando-se ao Judiciário a função de controlar o cumprimento de aludidas políticas, atividade em que, a rigor, não há que se falar em qualquer *ativismo judicial*, pois o juiz estará simplesmente exercendo a função típica de aplicação da lei em lides concretas.

Há que se considerar, entretanto, hipóteses em que existe completa ou parcial omissão por parte do Estado na concretização de um patamar mínimo de direitos sociais constitucionalmente previstos. Neste caso, conforme demonstramos ao longo deste estudo, deve ser fixado, inicialmente, um critério para autorizar a tutela judicial imediata da

norma constitucional. Elegemos, para tanto, o critério do *mínimo existencial*, que, não obstante sua abertura valorativa, serve para delimitar o campo em que a não concretização do direito social representa verdadeira ofensa à força normativa da Constituição.

Não bastará, contudo, a eleição do critério do mínimo existencial, sem que se tenha em conta a natureza da norma constitucional cujo descumprimento se alega. De fato, há normas, como é o caso do artigo 208, IV, que representam verdadeira *política pública constitucional*, ou seja, são suficientemente fechadas e determinadas a ponto de permitirem, por parte do juiz, a enunciação de uma ordem judicial com as mesmas características, mantendo, portanto, a natureza e o conteúdo semântico do direito social previsto na Constituição. Nestas hipóteses, será possível ao Judiciário analisar, inicialmente, se o direito social descumprido integra o parâmetro do mínimo existencial constitucionalmente garantido; em caso positivo, poderá o juiz pura e simplesmente assegurar o cumprimento da norma constitucional, exigindo do Estado a produção de atos concretos em aludido sentido. Foi o que ocorreu no precedente do STF que exigiu o cumprimento, por parte do Estado, do artigo 208, IV, que assegura a matrícula de crianças até 5 anos de idade em creches e pré-escolas, obrigação da qual o Estado não poderá se isentar com base em argumentos pragmáticos, como a *reserva do possível*.

Situação distinta, a nosso ver, ocorre em normas que veiculam objetivos e programas do Estado, cujo modal deontico não é suficientemente definido a ponto de permitir a edição de medidas judiciais concretas de cumprimento. Em casos assim, como é o da erradicação do analfabetismo, as políticas públicas promovidas pelo Legislativo e Executivo são o único caminho possível para concretizar a norma constitucional. Ao Judiciário caberia, somente, quando provocado em ações que tenham por objeto a omissão na regulamentação de normas constitucionais – caso

por certo, substituir-se à ampla liberdade deliberativa que possuem os poderes políticos, que podem, e devem, considerar todos os aspectos envolvidos na implementação de direitos sociais.

da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção –, constatar eventual inércia dos poderes tipicamente políticos, aplicando a teoria do apelo ao legislador e solicitar, sem poder mandamental, que a omissão seja superada.

É este, em nosso sentir, o delineamento correto para a intervenção do Judiciário no implemento de direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337-AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJe 14/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.698/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 25/02/2010, DJe 15/04/2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.1-49.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

As convenções da Organização Internacional do Trabalho e o direito interno



Ricardo de Castro Nascimento

Juiz Federal. Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Organização Internacional do Trabalho – OIT. 3. Procedimento de ratificação dos atos normativos da OIT. 4. Convenções da OIT como tratados de direitos humanos. 5. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF. 6. Controle da convencionalidade em face das convenções da OIT. 7. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução.

As transformações em curso no diálogo entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e o direito interno brasileiro geram reflexos profundos também na relação entre o sistema do direito internacional do trabalho gerido pela Organização Internacional do Trabalho – OIT e a ordem jurídica nacional.

Nosso objetivo é analisar tais reflexos, considerando as peculiaridades do direito internacional do trabalho, cujo sistema é o mais antigo entre os de proteção internacional dos direitos humanos.

2. A Organização Internacional do Trabalho – OIT.

A OIT está integrada à estrutura da Organização das Nações Unidas – ONU

como uma agência especializada, mas com personalidade jurídica própria. No entanto, tem origem antes da criação da própria ONU, mais precisamente em 1919 no tratado de Versalhes, juntamente com a antiga Sociedade das Nações, predecessora da ONU.

A paz mundial idealizada pelo Tratado de Versalhes ao término da Primeira Guerra Mundial tinha entre seus fundamentos a justiça social em todos os países. Essa ideia de paz durou muito pouco, mas a OIT permaneceu e continua a perseguir a justiça social.

É uma organização internacional de composição *sui generis*, com atualmente 185 Estados-Membros, tendo o Brasil entre os seus membros fundadores. Cada Estado-Membro tem uma representação tripartite com representantes dos governos, das organizações dos trabalhadores e empresários.

Os Estados-Membros reúnem-se anualmente na Conferência Internacional do Tra-

balho, quando são aprovadas as convenções, recomendações, resoluções e declarações da OIT. Ressalte-se que a representação tripartite de cada Estado-Membro pode ter votos discordantes sobre a proposta de convenção, o que, aliás, não é incomum.

A principal missão da OIT é promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente,¹ ponto para o qual convergem seus quatro objetivos estratégicos: o respeito aos direitos do trabalho, a promoção de mais e melhores empregos, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.

São atualmente 189 convenções aprovadas em vigor, das quais o Brasil ratificou 82, tornando-as também norma de direito interno. Toda convenção aprovada é registrada na Secretaria Geral da ONU, nos termos do artigo 20 da Constituição da OIT,² o que reforça o vínculo das normas do direito internacional do trabalho com o ordenamento jurídico internacional.

Considerando a diversidade e especificidade dos temas de direito do trabalho e seguridade social tratados em cada convenção e a rapidez das transformações do mundo do trabalho, a própria OIT, com base na Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fun-

damentais no Trabalho e seu Seguimento de 1998, elegeu oito convenções fundamentais, cuja observância constitui patamar mínimo do direito social em um desenvolvimento sustentável com globalização equitativa. Diante da relevância, elencamos as convenções consideradas fundamentais:

- Convenção nº 29 sobre o Trabalho Forçado (1930);

- Convenção nº 87 sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical (1948);

- Convenção nº 98 sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva (1949);

- Convenção nº 100 sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres (1951);

- Convenção nº 105 sobre a Abolição do Trabalho Forçado (1957);

- Convenção nº 111 sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Ocupação (1958);

- Convenção nº 138 sobre a Idade Mínima para Admissão a Emprego (1973);

- Convenção nº 182 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação (1999).

Dentre as convenções fundamentais, o Brasil somente não ratificou a Convenção nº 87, que estabelece a plena liberdade sindical, vedando qualquer interferência estatal na organização dos trabalhadores e empresários. A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da unicidade sindical³ em flagrante oposição à plena liberdade sindical propugnada na

1 “O conceito de trabalho decente, formalizado pelo OIT em 1999, sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. (...) O trabalho decente é condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável”. OIT. *A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna*. Brasília: OIT, 2012. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/809>>. Acesso em: 08 out. 2014.

2 “Artigo 20. Qualquer convenção assim ratificada será comunicada pelo Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fins de registro, de acordo com o art. 102 da Carta das Nações Unidas, obrigando apenas os Estados-Membros que a tiverem ratificado”. Disponível em: <<http://www.oit-brasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e-declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9fia>>. Acesso em: 08 out. 2014.

3 “Artigo 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)
 II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;
 (...)

convenção, pois há limitação constitucional e legal estabelecendo parâmetros compulsórios para a organização sindical. Ressalte-se que, no país, há profundo dissenso no movimento sindical de trabalhadores e empresários a respeito da adoção da convenção. É forçoso reconhecer que, neste ponto, o Brasil está na contramão em relação à comunidade internacional do trabalho.

Há também um sistema de controle de aplicação das normas da OIT. Ao aderir e ratificar uma norma internacional, o Estado-Nação se compromete junto à comunidade internacional a cumprir o pactuado. No caso da OIT, é a própria organização internacional que fiscaliza, controla e soluciona conflitos decorrentes da execução das normas por ela emanadas. Os Estados-Membros remetem periodicamente relatórios sobre a aplicação das convenções ratificadas.

O professor Ericson Crivelli divide o sistema de controle em regular e provocado.⁴ No primeiro, destaca-se a Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e Recomendações que examina os relatórios periódicos dos Estados-Membros sobre o cumprimento das normas de direito internacional do trabalho nos respectivos países. Ao longo da história da organização internacional, a Comissão de Peritos, composta de juristas independentes com mandatos renovados a cada três anos, tem exercido papel de destaque na interpretação dos dispositivos das normas da OIT. Arnaldo Sússekkind, ele próprio ex-membro da Comissão, qualifica as suas atribuições de “quase judiciais”,⁵ devido à prevalência do enfoque técnico-jurídico.

O relatório da Comissão de Peritos é examinado anualmente na Conferência Internacional do Trabalho pela Comissão de Aplicação das Normas de composição tripartite com representantes dos governos, empregado-



res e trabalhadores. Enquanto a Comissão de Peritos é um órgão técnico-jurídico, a Comissão de Aplicação tem caráter técnico-político. Suas decisões têm uma ponderação política. As sessões são abertas e as sanções impostas são de natureza política.

O sistema provocado ou contencioso, como prefere denominar Sússekkind,⁶ pode ter início com uma reclamação de uma organização profissional de empregados ou empregadores em face de um Estado-Membro por não ter assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção ratificada, conforme dispõe o artigo 24 da Constituição da OIT.⁷ A iniciativa do procedimento pode partir

6 ⁶ *Ibidem*, p. 245

7 “Artigo 24. Toda reclamação, dirigida à Repartição Internacional do Trabalho, por uma organização profissional de empregados ou de empregadores, e segundo a qual um dos Estados-Membros não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção a que o dito Estado haja aderido, poderá ser transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em questão e este poderá ser convidado a fazer, sobre a matéria, a declaração que julgar conveniente”. Disponível em: <<http://www.oit-brasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e>>

4 CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo, LTr, 2010, p. 78.

5 SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1987, p. 232.

de outro Estado-Membro, quando teremos a queixa prevista no artigo 26.⁸

O Conselho de Administração da OIT, se não satisfeito com os esclarecimentos do Estado-Membro reclamado, constituirá uma Comissão de Inquérito, cujas conclusões e recomendações são encaminhadas ao Conselho de Administração, a quem compete a decisão final no âmbito da OIT. Em caso de recusa em aceitar a decisão por parte do Estado-Membro reclamado, a divergência poderá ser submetida à Corte Internacional de Justiça, conforme disposto expressamente no artigo 29 da Constituição da OIT.⁹ O sistema de controle da OIT está, portanto, integrado à jurisdição internacional, através da possibilidade de recurso à Corte Internacional de Justiça.

Há também um sistema de controle específico em relação à liberdade sindical e o direito de sindicalização e de negociação coletiva previstos nas Convenções nºs 87 e 98, respectivamente, através da Comissão de Liberdade Sindical de composição tripartite. É, certamente, o mais dinâmico e efetivo sistema de controle. Após mais de cinquenta anos de

funcionamento, a Comissão de Liberdade Sindical já havia examinado 2.147 denúncias de violação, tendo produzido jurisprudência norteadora da matéria.¹⁰ O Brasil, em especial, já foi alvo de queixa por parte de entidades de trabalhadores e empresários nacionais perante a Comissão de Liberdade Sindical por 64 vezes.¹¹

3. Procedimento de ratificação dos atos normativos da OIT.

Vamos nos ater ao procedimento de aprovação e posterior ratificação da convenção, principal e mais efetiva espécie normativa do direito internacional do trabalho. É aprovada por dois terços dos membros presentes na Conferência Internacional do Trabalho realizada anualmente. A delegação de cada Estado-Membro na Conferência é composta de dois delegados do governo, um delegado dos trabalhadores e um delegado dos empresários.

As convenções da OIT são tratados multilaterais de caráter normativo, abertos à ratificação ou adesão dos Estados-Membros.¹² A aprovação do seu texto na Conferência não implica vigência de seus dispositivos no direito interno. A adesão definitiva dar-se-á somente com a ratificação da convenção pelos procedimentos previstos em cada Constituição.

A própria Constituição da OIT é expressa, ao prever o procedimento de aprovação e ratificação das convenções, em seu artigo 19, estabelecendo a obrigação de cada Estado-Membro de submeter à convenção aprovada ao crivo da autoridade competente para

declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9fia>. Acesso em: 08 out. 2014.

8 “Artigo 26.

1. Cada Estado-Membro poderá enviar uma queixa à Repartição Internacional do Trabalho contra outro Estado-Membro que, na sua opinião, não houver assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção que um e outro tiverem ratificado em virtude dos artigos precedentes.

(...)”. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e-declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9fia>>. Acesso em: 08 out. 2014.

9 “Artigo 29.

1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho transmitirá o relatório da Comissão de Inquérito ao Conselho de Administração e a cada Governo interessado no litígio, assegurando a sua publicação.

2. Cada Governo interessado deverá comunicar ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, dentro do prazo de três meses, se aceita ou não as recomendações contidas no relatório da Comissão, e, em caso contrário, se deseja que a divergência seja submetida à Corte Internacional de Justiça”. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e-declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9fia>>. Acesso em: 08 out. 2014.

10 CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo, LTr, 2010, p. 88.

11 Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID,P11110_CONTEXT:102571,SC>. Acesso em: 08 out. 2014.

12 SÜSSEKIND, Arnaldo. A Convenção da OIT sobre despedida imotivada. *Revista Genesis: Direito do Trabalho*, Curitiba, v. 7, n. 40, abr. 1996, p. 472.

transformá-la em lei interna, conforme item 5, *b*, do referido artigo.¹³

No Brasil, a autoridade para apreciar a convenção da OIT é o Congresso Nacional, pois compete à União participar de organização internacional e legislar privativamente sobre direito do trabalho¹⁴ e o próprio Congresso tem competência exclusiva para resolver definitivamente tratados internacionais.¹⁵ O professor Valério de Oliveira Mazzuoli, em artigo específico sobre o tema, concluiu de forma bastante clara em prol dessa atribuição do Congresso Nacional.¹⁶

13 Artigo 19.

(...)

5. Tratando-se de uma convenção:

a) será dado a todos os Estados-Membros conhecimento da convenção para fins de ratificação;

b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza;

c) os Estados-Membros darão conhecimento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho das medidas tomadas, em virtude do presente artigo, para submeter a convenção à autoridade ou autoridades competentes, comunicando-lhe, também, todas as informações sobre as mesmas autoridades e sobre as decisões que estas houverem tomado;

d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção;

e) quando a autoridade competente não der seu assentimento a uma convenção, nenhuma obrigação terá o Estado-Membro a não ser a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho – nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes – sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a convenção. Deverá, também, precisar nestas informações até que ponto aplicou, ou pretende aplicar, dispositivos da convenção, por intermédio de leis, por meios administrativos, por força de contratos coletivos, ou, ainda, por qualquer outro processo, expondo, outrossim, as dificuldades que impedem ou retardam a ratificação da convenção”. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e-declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9fia>>. Acesso em: 08 out. 2014.

14 Artigos 21, I, e 22, I, da CF.

15 Artigo 49, I, da CF.

16 “A ‘autoridade competente’ a que se refere o dispositivo

Como a matéria é de competência exclusiva do Congresso Nacional, a convenção é aprovada por um Decreto Legislativo, não havendo sanção presidencial para conclusão do processo legislativo. No entanto, há a posterior ratificação formal da convenção perante a OIT por parte do Presidente da República (art. 19, 5, *d*, da Constituição da OIT). Registramos aqui a divergência doutrinária sobre a natureza da ratificação. Enquanto alguns defendem a discricionariedade,¹⁷ outros a vinculação da ratificação ao decidido pelo Congresso Nacional.¹⁸

Por fim, seguindo o costume constitucional pátrio, a convenção internacional do trabalho é promulgada por Decreto do Poder Executivo publicado no diário oficial, tornando obrigatórios no país os seus dispositivos. A publicação do Decreto do Executivo põe

deve ser encontrada à luz do que dispõe o texto constitucional de cada país, sendo certo que, no Brasil, tal autoridade é o Poder Legislativo, pois é o único órgão com função típica de legislar, a fim de dar efeitos à aplicação da convenção internacional do trabalho no plano nacional. Ora, se nos termos da Constituição brasileira compete à União ‘manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais’ (art. 21, inciso I), bem como legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I, *in fine*), e se cabe ‘ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (...), dispor sobre todas as matérias de competência da União’ (art. 48, *caput*), sendo ainda de sua competência exclusiva ‘resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional’ (art. 49, inciso I), a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a ‘autoridade competente’ referida pela Constituição da OIT é, no Brasil, o Congresso Nacional. À mesma conclusão já havia chegado à comissão de notáveis para a aplicação das convenções e recomendações, reunida na Conferência Internacional do Trabalho (36ª sessão) realizada em Genebra em 1953: ‘A expressão “autoridade competente” significa a autoridade que tem o poder de legislar sobre as questões que são objeto da convenção ou da recomendação, que é, na maioria dos casos, o Parlamento.’” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 152, jul./ago. 2013, p. 11-15.

17 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 280.

18 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 152, jul./ago. 2013, p. 11-15.

fim ao procedimento de internalização da convenção.

4. Convenções da OIT como tratados de direitos humanos.

Os direitos do trabalho e da seguridade social são direitos fundamentais sociais. Reconhecidos como direitos fundamentais de segunda geração, foram objeto no âmbito internacional de tratamento mais minudente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1966 e internalizado pelo Decreto nº 591/1992.

No entanto, na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documento basilar do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, já constam expressamente dispositivos a respeito, em seus artigos XXIII a XXV, cujo teor, pela importância, ora transcrevemos:

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a uma limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

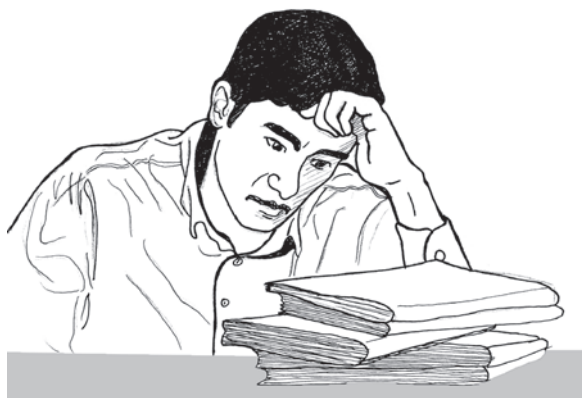
Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

A simples leitura dos dispositivos é suficiente para concluir que os fundamentos do direito internacional do trabalho estão contemplados na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. A análise do conteúdo das convenções consideradas pela própria OIT como fundamentais do direito internacional do trabalho também não dá margem a dúvidas sobre a natureza de tratado internacional de direitos humanos das convenções da OIT ratificadas pelo país.

5. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.

Passamos a analisar a jurisprudência do STF sobre a hierarquia dos tratados ou convenções sobre direitos humanos em relação



à ordem jurídica nacional. Ressaltamos que o tema dá margem a um trabalho específico e pretendemos apenas delinear as principais decisões e as tendências em curso, com os reflexos no direito internacional do trabalho.

A promulgação da Constituição Federal reabriu divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a posição hierárquica, constitucional ou legal, dos tratados internacionais de direitos humanos. O elenco de direitos fundamentais está previsto na própria Constituição, especialmente no seu artigo 5º, mas também ao longo do seu texto. No entanto, o § 2º do artigo 5º¹⁹ deixou expresso que os direitos e garantias não excluem os decorrentes dos tratados internacionais.

O STF inicialmente adotou interpretação restritiva da possibilidade de dar *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, mas decisões mais recentes abriram a possibilidade de uma maior integração entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e nossa ordem constitucional. Novas composições da Corte indicam que a possibilidade de evolução ainda maior em prol da integração com o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos, com já fizeram vários países da América Latina (Argentina, México, Peru, Uruguai, Chile e Paraguai).

A trajetória da Corte Maior pode ser bem exemplificada nos julgamentos a respeito da prisão do depositário infiel. Antes da Constituição de 1988, prevalecia no STF o entendimento favorável à prisão civil do depositário infiel, tendo sido aprovada em sessão plenária de 1984 a Súmula nº 619 neste sentido.²⁰

Com o novo texto constitucional e a adoção pelo país da Convenção Americana de

Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, através do Decreto Legislativo nº 27/1992 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992, a questão ganhou novos contornos. A convenção limitou as hipóteses de prisão civil apenas ao devedor de obrigação alimentar²¹ e nossa legislação interna mantinha a possibilidade de prisão do depositário infiel. Inicialmente, o STF considerou que os tratados de direitos humanos ingressam na ordem jurídica nacional com *status* de lei ordinária e reputou constitucional a prisão do depositário infiel prevista em nosso ordenamento interno.²²

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004, foi introduzido o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal,²³ pelo qual os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional com o quórum e procedimento das emendas constitucionais terão *status* constitucional. Ressalte-se o cuidado redacional do constituinte derivado de tornar expresso o termo “convenção”, que afasta qualquer dúvida sobre a incidência do dispositivo sobre as convenções da OIT. Com o procedimento previsto no novo dispositivo constitucional foi aprovada a Convenção sobre

19 “Artigo 5º. (...)”

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

20 “Súmula 619. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

21 “Artigo 7º. (...)”

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 08 out. 2014.

22 “(...) 3. A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4. Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica (...) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5, LXVII, da Constituição.” (STF, HC nº 73.044/SP, Segunda Turma, Ministro Maurício Corrêa, j. 19/03/1996, DJ 20/09/1996).

23 “Artigo 5º. (...)”

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, através do Decreto Legislativo nº 186/2008. Tal convenção equiparou-se à Emenda Constitucional, possibilitando inclusive o controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

O posicionamento da Suprema Corte em relação à prisão do depositário infiel mudou no julgamento dos RE nº 466.343/SP²⁴ e HC nº 87.585/TO²⁵ em 2008. A Corte considerou a legislação interna revogada pelo advento do Pacto de São José da Costa Rica e editou a Súmula Vinculante nº 25.²⁶ No fundamento da decisão, o STF ponderou que o tratado internacional de direitos humanos, mesmo quando aprovado antes da Emenda Constitucional nº 45, tem hierarquia supralegal, prevalecendo sobre a lei ordinária interna, mas ainda abaixo da Constituição. A interpretação acolhida fez surgir uma nova espécie normativa não expressamente prevista na Constituição.

A decisão foi por maioria, por cinco votos a quatro, prevalecendo a posição do Ministro Gilmar Mendes pelo *status* de supralegalidade. A minoria conferia valor constitucional ao tratado internacional de direitos humanos. Da atual composição do STF, cinco novos ministros não participaram do julgamento, o que abre a possibilidade de novo entendimento favorável à tese defendida pela então minoria.

24 “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. (STF, RE 466.343/SP, Pleno, Ministro Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJe 04/06/2009)

25 “DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel”. (STF, RE 87.585/TO, Pleno, Ministro Marco Aurélio, j. 03/12/2008, DJe 25/06/2009)

26 Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

O professor Luiz Guilherme Arcaro Conci sintetizou bem as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema depois do novo posicionamento do STF.²⁷ Para continuidade do nosso tema, partiremos, como pressuposto, da posição de supralegalidade dos tratados de direitos humanos, mas sabedores da forte possibilidade de novo entendimento do STF. Na hipótese de novo posicionamento, as conclusões por nós alcançadas necessitarão de revisão.

6. Controle da convencionalidade em face das convenções da OIT.

No sistema jurídico interno brasileiro, de acordo com a última interpretação do STF, temos duas espécies de tratados internacionais sobre direitos humanos: os equiparados à emenda constitucional, na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, e os com *status* supralegal, nos termos do § 2º do referido artigo.

No direito interno, a supremacia da Constituição é assegurada pelo controle da constitucionalidade nas formas difusa e concentrada. Quando se tratar de tratado internacional sobre direitos humanos equiparado

27 No direito brasileiro, a discussão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, como já afirmado, constitui – e talvez ainda constitua – o assunto mais versado em tema de direito internacional dos direitos humanos. Em síntese muito apertada, visto que não é esse o tema do presente trabalho, dividiram-se as posições sobre o tema em quatro segmentos: a primeira, antigamente capitaneada pelo STF, que a partir de decisão tomada em 1977, no RE 80.004, assumiu que os tratados, independentemente, da sua temática, teriam hierarquia legal, de leis ordinárias no plano federal. A segunda, agora assumida pelo STF, no julgamento referido, aponta que os tratados internacionais de direitos humanos detêm hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. Uma terceira corrente capitaneada por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, entendeu que os tratados teriam hierarquia constitucional. Uma última, tendo à sua testa o Prof. Celso Albuquerque de Mello, dava hierarquia supraconstitucional aos tratados internacionais de direitos humanos. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *O controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes* – por uma abertura crítica ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. São Paulo: LeYa, 2013 (no prelo).

à emenda constitucional aplicam-se todas as regras e princípios do controle de constitucionalidade. Em um rigor terminológico, podemos falar em controle de constitucionalidade por equiparação.

Qualquer juiz no país pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por incompatibilidade com o disposto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência devido à hierarquia constitucional desta. Da mesma forma, a compatibilidade do ato infraconstitucional em face da referida convenção pode ser aferida diretamente pelo STF no controle abstrato, através de Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Devido ao *status* de supralegalidade dos demais tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com base no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, conforme entendimento ora vigente no STF, o seu conflito com a lei ordinária ou outro ato normativo deve ser resolvido pelo controle da convencionalidade. Mas não se trata de controle de constitucionalidade, pois ambas as normas em conflito são infraconstitucionais e não se visa assegurar a supremacia da Constituição. Estamos diante de um conflito de normas em posições hierárquicas diversas.

Convivem agora em nosso sistema jurídico três espécies de controle da hierarquia das normas jurídicas: o da legalidade, o da convencionalidade e o da constitucionalidade. Os dois primeiros manifestam-se na modalidade difusa, enquanto o terceiro na forma difusa e concentrada.

No controle da constitucionalidade e da legalidade, o conflito entre as normas jurídicas resolve-se pelo critério hierárquico. A lei, por ser espécie normativa de hierarquia superior, prevalece sobre o decreto, por exemplo. Por sua vez, a Constituição prevalece sobre a lei, invalidando seus dispositivos em conflito com a Lei Maior. Já no controle da convencio-

nalidade, o conflito entre a convenção da OIT e a lei ordinária, por exemplo, não se resolve pelo critério hierárquico.

No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, os conflitos entre normas internacionais e internas são resolvidos pela primazia da norma mais favorável ou princípio *pro homine*. Os tratados internacionais de direitos humanos contêm a chamada “cláusula de diálogo”,²⁸ pela qual o critério de prevalência hierárquica entre os sistemas é afastado, substituído pelo critério da prevalência da norma de maior proteção, ou menos restritivo, dos direitos humanos diante do caso concreto.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em suas normas de interpretação, contempla expressamente o princípio *pro homine* ao vedar a interpretação que implique limitação de direito já reconhecido pela ordem interna dos países signatários ou por outro tratado internacional.²⁹

A Constituição da OIT estabelece o mesmo princípio de forma ainda mais ampla. Pelo artigo 19.8,³⁰ são inaplicáveis as conven-

28 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 152, jul./ago. 2013, p. 7.

29 “Artigo 29 - Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 08 out. 2014.

30 “Artigo 19 (...)

8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um

ções não só quando a lei interna for mais favorável, mas também quando a sentença, costume ou acordo entre as partes envolvidas conferir maior proteção.

Por falta de previsão constitucional, o controle da convencionalidade será exercido na modalidade difusa por toda autoridade judicial ou administrativa interna sempre buscando a maior proteção, o que nem sempre é de fácil interpretação diante do caso concreto.

Importante ressaltar que o controle da convencionalidade não é primazia do sistema jurídico nacional. O sistema internacional de proteção de direitos humanos há muito exerce o controle mediante decisões de seus órgãos jurisdicionais e administrativos. A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, por exemplo, nas funções jurisdicional e consultiva, exerce o controle de convencionalidade em face do Pacto de São José da Costa Rica das leis, sentenças, atos administrativos e até Constituições dos Estados que ratificaram o Pacto.

No âmbito da OIT, a Comissão de Aplicação das Normas e Comissão de Liberdade Sindical, através de suas decisões, exercem controle da convencionalidade das normas internacionais do direito internacional do trabalho sobre o direito interno dos Estados-Membros, aí abrangendo a legislação interna, as sentenças judiciais e os acordos entre particulares, facultando inclusive recurso à Corte Internacional de Justiça.

No controle da convencionalidade exercido pelo Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, os tratados e convenções têm posição hierárquica superior às próprias constituições dos Estados-Nações. Como partem de pressupostos diferentes



quanto à valorização hierárquica dos tratados, os controles de convencionalidade internacional e nacional podem, a princípio, chegar a resultados diversos no mesmo caso concreto.

7. Conclusão.

As normas da OIT são referências para a elaboração por parte dos Estados-Membros da respectiva legislação trabalhista e previdenciária. A padronização de um patamar mínimo de proteção e justiça social na legislação dos Estados-Membros tem sido a principal missão da OIT neste quase um século de existência.

A necessidade de posterior ratificação para assegurar vigência no âmbito interno das convenções aprovadas na anual Conferência Internacional do Trabalho permite aos Estados-Membros delinear os contornos da legislação social, considerando as peculiaridades de sua realidade.

Até a mudança no entendimento do STF, as convenções da OIT desempenharam função, sobretudo, didática, inspirando a evo-

Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação". Disponível em: <<http://www.oit-brasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e-declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9fia>>. Acesso em: 08 out. 2014.

lução da nossa legislação social. A influência ainda se concentra na função legislativa, sendo pouco notada no exercício da função jurisdicional. A recente promulgação da Emenda Constitucional nº 72, em 02 de abril de 2013, que ampliou os direitos dos trabalhadores domésticos, por exemplo, objetivou harmonizar o direito brasileiro, inclusive com alterações constitucionais, para a posterior ratificação da convenção da OIT nº 189 sobre o trabalho doméstico.

Com o reconhecimento da sua supralegalidade, as convenções da OIT passam a ter maior eficácia na construção da jurisprudência. Os operadores de direito buscam mais acesso ao seu teor, que passa a compor as coletâneas de legislação trabalhista e previdenciária. Assim, a legislação social brasileira acentua a sua integração com o direito internacional do trabalho.

Uma possível evolução no entendimento do STF com o reconhecimento do *status* constitucional de todo o tratado internacional de direitos humanos, independente do quórum de sua aprovação no Congresso Nacional, destacará ainda mais as convenções da OIT no dia a dia das lides trabalhistas e previdenciárias e, certamente, assegurará maior efetividade dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais.

Bibliografia.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *O controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes – por uma abertura crítica ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: LeYa, 2013 (no prelo).

CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo, LTr, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 152, jul./ago. 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OIT. *A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna*. Brasília: OIT, 2012. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/809>>. Acesso em: 08 out. 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A Convenção da OIT sobre despedida imotivada. *Revista Genesis: Direito do Trabalho*, Curitiba, v. 7, n. 40, abr. 1996.

_____. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1987.

VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Madrid: Tecnos, 1977.

A assistência aos desamparados no artigo 203 da Constituição Federal brasileira e em outros países da América Latina



Antonio Carlos Cedenho

Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: A justiça social insere-se na ordem jurídica nacional, sendo explicitada no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal de 1988 como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, bem como no *caput* do artigo 170 do mesmo diploma legal, e é a base em que repousa a assistência social, como instrumento de atendimento dos desamparados. O Estado tem a prerrogativa e ao mesmo tempo o dever de agir por meio de qualquer um de seus Poderes – Legislativo, Executivo ou Judiciário – frente às situações de risco e ameaça à vida e à dignidade humanas, para assegurar o mínimo existencial. Consideradas a pobreza e a exclusão como marcas constitutivas dos processos sociais na América Latina, este artigo objetiva analisar as diretrizes que norteiam os sistemas de assistência social de algumas das nações que a compõem.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça social. Assistência social. Proteção social. Artigo 203 da Constituição Federal. Mínimo existencial. América Latina.

ABSTRACT: Social justice is inserted in a national legal order, where it is explained at the subparagraph at article number 3 at the Federal Constitution of 1988 as a fundamental objective at the Federative Republic of Brazil, as well as per the *caput* article number 170 from the same legal certificate – it is the base where it lies social assistance as an attendance instrument for the distraught. The State has such a prerogative and simultaneously duty to act upon any of such Powers – Legislative, Executive or Judiciary – upon risk scenarios or threat towards life and human dignity in order to make sure what is minimally necessary to existence. Having considered poverty and exclusion as constitutive highlighting guidelines to social procedures in Latin America, such article aims in analyzing the guidelines surrounding social assistance systems of some countries compounding it.

KEYWORDS: Social law. Social assistance. Social protection. Article 203 from Federal. Minimum for existence. Latin America.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções sobre justiça social. 3. A assistência social no Brasil – o artigo 203 da Constituição Federal. 4. A assistência social na América Latina: um exercício de democracia. 5. A assistência social em outras nações da América Latina. 5.1. Argentina. 5.2. Bolívia. 5.3. Chile. 5.4. Colômbia. 5.5. Paraguai. 5.6. Peru. 5.7. Uruguai. 5.8. Venezuela. 6. Considerações finais. Referências.

1. Introdução.

A pessoa humana é ser gregário, que de forma natural tende para a vida em sociedade, para comunhão com seus semelhantes, para participação com os demais diante das necessidades de ordem material, intelectual e moral, assevera o sociólogo Jacques Maritain, entendimento este partilhado por uma grande maioria de pensadores já há alguns séculos e ainda hoje em voga.¹ Possível assim afirmar que a sociedade se forma como algo inerente à natureza humana, como obra da razão e da vontade livremente consentida.

Neste sentido, é inegável a estreiteza da correlação entre pessoa humana e vida política, uma vez que a sociedade visa um bem que lhe é próprio, distinto do bem dos indivíduos que a compõem, o fim da sociedade não é o conjunto dos fins individuais, mas o bem comum do corpo social.

É na existência de uma teia de deveres sociais de cada indivíduo para com o outro, e assim reciprocamente considerado, que se dá a contextualização do indivíduo ao todo social.² Mesmo que a sociedade atual esteja em um estágio de egocentrismo e individualismo exacerbados, a necessária convivência social faz com que persista – e porque não dizer se aprofunde ainda mais – a interdependência entre os indivíduos.

A sociedade política caracteriza-se por uma linha de interdependência entre o

bem-estar individual e social: há uma forte ligação entre o “eu” e o “nós”, pois o perigo que ameaça o indivíduo se transfere para a sociedade, e esta determina que as necessidades surgidas, além e acima de serem do indivíduo, são igualmente necessidades da sociedade. Isso se denota claramente quando se pensa acerca da questão da distribuição de renda e do acesso à educação correlacionados com a criminalidade.

Fato é que a Constituição Federal, no artigo 193, consagra o primado do trabalho como base da ordem social que tem como principal objetivo o bem-estar e a justiça social. Assim também se dá na grande maioria das constituições das diversas nações latino-americanas e pelo mundo afora. Tendo sido o capitalismo adotado fortemente como *modus operandi* da economia desde o início do século passado, e, mais marcadamente após a Segunda Guerra Mundial, com fins de reconstrução das nações e fortalecimento da economia, o trabalho passa a ser peça chave na reestruturação desta sociedade emergente do pós-guerra.

Isso significa, *a priori*, que cada indivíduo deve ter a capacidade de se desenvolver como pessoa humana – restando ao Estado o papel de assegurador da educação, saúde, e outros direitos – para que possa, por si só, em idade adulta, prover o seu sustento e de sua família, colaborando, entretantes, com o desenvolvimento da economia nacional e com o estado de bem-estar geral.

Contudo, não se pode desconsiderar a existência – na grande maioria das sociedades, de todos os tempos, e das diversas nações – daqueles indivíduos necessitados, desprovidos momentânea ou permanentemente da

1 MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967, p. 27.

2 ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. *Revista do IAPI*, v. 17, 1975, p. 27-29.

capacidade de alcançarem por si próprios os elementos necessários a uma vida digna e que, por essa razão, são postos à margem da sociedade.

Do Relatório da ONU sobre a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social é possível extrair que “a pobreza é o estado de quem não tem o necessário para vida, que vive com escassez”.

Em comentário a este relatório, José Afonso da Silva indica ainda como características da pobreza a falta de renda e recursos suficientes para o sustento, a fome e a desnutrição, as más condições de saúde, a maior incidência de doenças e mortalidade, especialmente a mortalidade infantil, o limitado acesso à educação, dentre outros fatores. E menciona, além destas carências, a falta de trabalho, isto é, de alguma forma de subsistência, situação em que se está diante da pobreza absoluta, do estado de miséria.³

Ressalta o autor que com miséria há a marginalização, ou seja, a exclusão inenunciável da pessoa miserável da vida social.⁴ Cabe ao Estado buscar dirimir a questão da condição destes indivíduos na sociedade, e a seguridade social – especificamente pela perspectiva da assistência social é o instrumento pelo qual isto será viabilizado.



A América Latina caracteriza-se pelo tardio desenvolvimento econômico, e pelas graves desigualdades sociais existentes, ainda na atualidade, nas diversas nações que a compõem. Segundo a Comissão Econômica para

a América Latina e Caribe – Cepal (2006) a proporção de pessoas abaixo da linha da pobreza supera os 35% na América Latina, havendo um percentual de indigentes superior a 10%.⁵ Por esta razão compreender quais são as diretrizes da assistência social em cada uma dessas nações é tema relevante, pois somente serão superadas a miséria, a exclusão social e dadas melhores condições de vida a todos por meio da promoção da justiça social.

“Passo decisivo no rumo da implantação da era da justiça social, que não pode ser resumido à mera fórmula vazia, a seguridade social ganha destaque como o mais moderno de seus instrumentos”, assevera Wagner Balera.⁶ A assistência social, como elemento desta seguridade social, impõe-se como único instrumento aos desamparados.

Assim, em atendimento destes sujeitos, a assistência social e seus princípios e diretrizes assentam-se na relação de reciprocidade entre sociedade e indivíduo, sendo que por todas as nações do globo é possível se observar o reconhecimento legal e jurídico desta necessária proteção social aos menos favorecidos, aos desamparados.⁷ Somente havendo coesão social é possível haver o desenvolvimento pleno de uma nação.

2. Noções sobre justiça social.

A compreensão sobre o que é a justiça

3 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

4 *Ibidem*.

5 MELLER, Patricio; LARA, Bernardo. Gasto social na América Latina: nível, progressividade e componentes. In: CARDOSO, Fernando Henrique; FOXLEY, Alejandro (Coords.) *América Latina*. Desafios da democracia e do desenvolvimento. Políticas sociais para além da crise. Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: iFHC, 2009, v. 2, p. 9.

6 BALERA, Wagner. *Direito previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2007, apresentação.

7 Para maior aprofundamento veja o trabalho monográfico apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no ano de 2011. CEDENHO, Antonio Carlos. *Diretrizes constitucionais da assistência social*. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2011-05-11T14:09:08Z-10850/Publico/Antonio%20Carlos%20Cedenho.pdf>. Acesso em: 04 out. 2014. Posteriormente publicado como livro pela Editora Verbatim, 2012.

social perpassa a compreensão da relação social que ela se propõe a regular. O conceito de justiça social é, antes de mais nada, um conceito moral: justiça significa a realização de um determinado bem. Qual seria então o bem buscado pela justiça social?⁸

Aristóteles foi o primeiro pensador a propor uma teoria sistemática da justiça: subdividindo-a em três espécies: justiça geral, justiça distributiva e justiça corretiva.⁹ Ele subordina o conceito de justiça à ordem universal: a justiça não se dissocia da *polis* ou da sociedade porque o homem (em sua condição de animal político) precisa da convivência e da promoção do bem comum. Nesse esteio, a justiça é premissa fundamental que regula a vida social.¹⁰ São Tomás de Aquino retoma a proposta de classificação feita por Aristóteles, e distingue a justiça em legal, distributiva e comutativa e, dando continuidade à tradição aristotélica, acrescenta-lhe elementos do Direito Romano, em que o conceito da justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido.¹¹

Sob o impacto da tendência igualitária que caracteriza a modernidade, os tomistas do século XIX, a partir da justiça legal tomista, desenvolvem o conceito de justiça social, que encontra na “ética social cristã” do século XX, o principal instrumento de sua difusão no discurso político e nos textos constitucionais, como da Constituição brasileira de 1988.¹²

O conceito de justiça social surgido na tradição aristotélico-tomista é alavancado e desenvolve-se até a noção contemporânea por meio das Encíclicas Sociais da Igreja Católica. “A Encíclica Quadragesimo anno de Pio XI, de 1931, é a primeira das Encíclicas sociais a utilizar o termo ‘justiça social’”,¹³ tendo sido elaborada como um revide à Grande Depressão de 1929:

Por isso só haverá uma verdadeira cooperação de todos para o bem comum, quando as diversas partes da sociedade sentirem intimamente, que são membros de uma só e grande família, filhos do mesmos Pai celeste, antes um só corpo em Cristo e “membros uns dos outros”, de modo que “se um membro sofre, todos os membros sofrem com ele”. Então os ricos e senhores converterão em amor solícito e operoso o antigo desprezo pelos irmãos mais pobres; acolherão os seus justos pedidos com bom rosto e coração aberto, perdoar-lhes-ão até sinceramente as culpas e os erros. Por sua vez os operários, reprimindo qualquer sentimento de ódio e inveja, de que abusam com tanta astúcia os fautores da luta de classes, não desdenharão o posto que a divina Providência lhes assinou na sociedade humana, antes o terão em grande apreço, bem persuadidos de que no seu emprego e ofício trabalham útil e honrosamente para o bem comum, e seguem mais de perto Aquele que, sendo Deus, quis na terra fazer-se operário e ser considerado como filho de operário.¹⁴

Necessário esclarecer que a justiça diz respeito à práxis, à ação humana, e como tal, a justiça social implica no reconhecimento do indivíduo como partícipe e integrante de uma

8 BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social – gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica Virtual*, v. 5, n. 48, maio/2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

9 *Ibidem*.

10 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Noções de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16.

11 BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica Virtual*, v. 5, n. 48, maio/2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 CARTA ENCÍCLICA Quadragesimo Anno de Sua Santidade Papa Pio XI sobre a restauração e aperfeiçoamento da Ordem Social em conformidade com a Lei Evangélica no XI Aniversário da Encíclica de Leão XIII “Rerum Novarum”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_enciclica_quadragesimo_anno.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

sociedade, a qual deve defendê-lo, por ele e por sua integridade zelar, mas que aguarda a sua contrapartida no mesmo sentido para com os seus semelhantes.

A justiça social insere-se na ordem jurídica nacional, explicitada no inciso I do artigo 3º e no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal brasileira de 1988, em capítulo que trata da ordem econômica, repousa suas raízes na doutrina social da igreja¹⁵ e se relaciona com as diretrizes expressas no preâmbulo da Constituição referentes à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na harmonia nacional. Como objetivo fundamental da República, a justiça social é definida em termos de uma obrigação transformadora do quadro social e político.

Nesse contexto, a justiça social significa que o Estado tem a prerrogativa e ao mesmo tempo o dever de agir por meio de qualquer um de seus Poderes – seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário – frente às situações de risco e ameaça à vida e à dignidade humanas. É a garantia do mínimo existencial.¹⁶ Contudo,

“Assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, não será tarefa fácil em um sistema de base capitalista – e, pois, essencialmente, individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social

15 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JR. *et al.* *Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 53.

16 O mínimo existencial comporta variações em conformidade com a visão subjetiva de quem o elabora ou avalie, mas há razoável consenso segundo o qual o mínimo inclui uma renda mínima ao indivíduo, saúde básica, educação fundamental e, ainda, um elemento instrumental de suma importância: o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional, ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38-39.

porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A História mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do Capitalismo periférico.¹⁷

Neste esteio, a desigualdade, a pobreza e a exclusão são marcas constitutivas dos processos sociais na América Latina;¹⁸ em razão da forma de seu povoamento pelos europeus e, por causa dos regimes conservadores e ditatoriais, as desigualdades sociais sempre foram existentes, se agravam a cada ano, e propiciam o crescimento do número de indivíduos e comunidades vulneráveis.

Podemos convenir que la desigualdad se refleja en múltiples aristas en la vida social. En medio de este fenómeno, los ingresos se distribuyen inequitativamente y las oportunidades de desarrollo no se reparten de forma pareja entre la población, afectando las capacidades de los más desposeídos y su movilidad social ascendente.¹⁹

A desigualdade poderia assim ser definida como uma deficiência da igualdade²⁰ e o papel do Estado destaca-se na busca do equilíbrio, por meio da direta intervenção e asseguramento dos direitos e da efetividade da consecução desses direitos.

17 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 710.

18 CATTANI, Antonio David; Díaz, Laura Mota; COHEN, Néstor (Orgs.). *A construção da justiça social na América Latina*. Porto Alegre: Tomo, 2013, p. 7.

19 Em tradução livre do autor: “Podemos concordar que a desigualdade se reflete em muitas facetas da vida social. Em meio a esse fenômeno, a renda é distribuída de forma desigual e oportunidades de desenvolvimento não são distribuídas igualmente entre a população, afetando a capacidade da mobilidade social do mais pobre”. LEMMI, Nora Beatriz. La desigualdad y sus causas, reflexiones sobre Chile y Argentina. In: CATTANI, Antonio David; Díaz, Laura Mota; COHEN, Néstor (Orgs.). *A construção da justiça social na América Latina*. Porto Alegre: Tomo, 2013, p. 9.

20 *Ibidem*, p. 10.

A assistência social é tratada no ordenamento jurídico brasileiro ao lado da saúde e da previdência, como elementos da seguridade social, e delas se distingue em razão de configurar-se como política de proteção social não contributiva, atendendo assim à parcela dos cidadãos mais necessitados.

3. A assistência social no Brasil – o artigo 203 da Constituição Federal.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A assistência social constitui a face



universalizante da seguridade social porque é prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição. É instituída como política de Estado por determinação constitucional e, por isso, como direito social, sob a égide do princípio da universalidade do acesso: a finalidade é propiciar o bem-estar à população brasileira.

O reconhecimento institucional da legitimidade das demandas de seus beneficiários e usuários é pressuposto da assistência social e, assim, “define-se como política de proteção social, articulada com as demais políticas e garantias dos direitos sociais”.²¹ A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, é a legislação infraconstitucional que trata da assistência social e traz em seu artigo 1º idêntica determinação à da Constituição Federal quanto ao caráter de universalidade.²²

O financiamento da assistência social está regulado no artigo 195 da Constituição Federal, e é regido por um procedimento comum a todos os orçamentos setoriais, de acordo com as políticas governamentais previstas, isto é, obedece ao Plano Plurianual, à Lei de Diretrizes Orçamentárias e à Lei Orçamentária Anual, cujo funcionamento pressupõe a correta articulação entre eles, de forma a dotarem a Administração Pública dos mecanismos básicos de organização e transparência no manejo dos negócios públicos.

José Afonso da Silva assevera que é na assistência social que exsurge outra característica da seguridade social, a solidariedade financeira “já que os recursos procedem do orçamento geral da seguridade social, e não de contribuições específicas de eventuais

21 SIMÕES, Carlos. *Curso de direito do serviço social*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2009, p. 180.

22 “Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

destinatários”²³ (art. 204 da CF).

Quanto aos destinatários da assistência social, Luiz Alberto David Araujo ressalta que são distintos dos da previdência: a assistência atende às pessoas necessitadas num geral, às crianças e adolescentes, às gestantes, aos idosos e, novamente, a não contributividade – pela impossibilidade destas pessoas nestas circunstâncias em contribuir – é a marca definidora.²⁴

O autor destaca ainda que a Constituição Federal determinou

(...) os alvos da assistência: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, a promoção e integração no mercado de trabalho, além da habilitação e reabilitação, assim, como a promoção da interação na vida comunitária das pessoas portadoras de deficiência.²⁵

A assistência social é prestada aos necessitados de duas maneiras: por meio dos serviços e dos benefícios, que se constituem como prestações de natureza eminentemente pecuniária e se classificam em benefícios de prestação continuada ou benefícios eventuais.

A respeito dos *serviços*, Jediael Galvão Miranda afirma que

(...) o Estado deverá patrocinar programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais, obedecidos os critérios de aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; de criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental,

bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.²⁶

O *benefício da prestação continuada* da assistência social consiste no repasse de um salário mínimo mensal ao idoso (com 65 anos ou mais) e à pessoa com deficiência física (comprovada por meio de avaliação que determine que hajam impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, realizada pelo serviço social e pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS).²⁷

Este benefício está previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 (LOAS), é pago pelo Governo Federal, cuja operacionalização do reconhecimento do direito é do INSS.

Houve a transferência deste benefício da esfera da previdência (contributiva) para a assistência social determinada pela Medida Provisória nº 1.259/1996. O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), por sua vez, ampliou as possibilidades de concessão do benefício para os idosos e, ainda, o Decreto nº 3.298/1999 o fez para as pessoas com deficiência física. Isto diferencia os demais benefícios da assistência social das aposentadorias ou pensões que são pagas pelo INSS.

Para ser concedido o benefício, exige-se a comprovação da idade ou da existência de deficiência, bem como a demonstração da incapacidade de subsistência ou de tê-la provida pela família, “a necessidade ou miserabilidade

23 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 781.

24 ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência física*. 3. ed. Brasília: CORDE, 2003, p. 87.

25 *Ibidem*, p. 87.

26 MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 275.

27 Redação dada ao artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 pela Lei nº 12.470/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em: 04 out. 2014.

constitui requisito indispensável para que seja concedido o benefício assistencial”.²⁸ Contudo, a concessão independe de quaisquer contribuições, exatamente porque destina-se ao público “excluído” do sistema previdenciário.

Necessário esclarecer que, recentemente, houve mudança de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF acerca da constitucionalidade do critério objetivo estabelecido no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 – que determina que a renda *per capita* familiar deve ser inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo – para que se possa constatar a miserabilidade do pretense beneficiário (idoso ou deficiente) à prestação assistencial. Embora a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232/DF tenha reconhecido a constitucionalidade desse artigo (porque a Constituição teria delegado ao legislador ordinário a atribuição de definir os requisitos para concessão do benefício assistencial no valor de um salário mínimo, dentre eles a definição da miserabilidade),²⁹ considerou-se que esta decisão do STF

(...) não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/1997, que autoriza

o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O STF, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).³⁰

Neste recurso, em que foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional pelo STF em razão da relevância do tema, foi declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, cabendo salientar que não foi alcançado o quórum necessário de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31 de dezembro de 2015.

Necessário esclarecer ainda que o Estatuto do Idoso determinou em seu artigo 34, parágrafo único,³¹ que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não deve ser computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS, direito este que foi equiparado aos deficientes, bem como estendido aos benefícios previdenciários de até um salário mínimo, que também deixam de ser computados conforme entendimento do STF.³²

28 DAMASCENO, Luiz Rogerio da Silva. Benefício assistencial: a redefinição do conceito de miserabilidade à luz da jurisprudência do STF. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 19, n. 3935, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27385>>. Acesso em: 04 out. 2014.

29 *Ibidem*.

30 STF. RE 567.985/MT, Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 02/10/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 04 out. 2014.

31 BRASIL. Lei nº 10.741/2003. Estatuto do idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 04 out. 2014.

32 STF. RE 580.963/PR, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 14/11/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>>. Acesso em: 04 out.

Quando houver a modificação das condições que deram origem à concessão, ou o falecimento do beneficiário, a prestação assistencial continuada deixará de ser paga: necessário elucidar que o benefício assistencial é intransferível o que veda a concessão de pensão aos dependentes.

Por sua vez, o auxílio natalidade e o auxílio funeral – que constituem *benefícios eventuais* e não continuados – previstos no artigo 22 da LOAS, constituem-se por um único pagamento, caracterizando-se por ser uma modalidade de provisão de proteção social básica, de caráter suplementar, temporário e não contributivo.

O auxílio natalidade objetiva a redução da vulnerabilidade provocada pelo nascimento de uma criança, enquanto o auxílio funeral visa diminuir o golpe provocado pela morte de um membro da família.

4. A assistência social na América Latina: um exercício de democracia.

No contexto latino-americano a desigualdade parece ser a regra.³³

Por essa razão a assistência social denota importância, ao passo que é única possibilidade de acolhimento daqueles marginalizados que, não tendo formas de prover o seu próprio sustento, dependem daquilo que lhe for ofertado pela sociedade e pelo Estado.

Muito se debate acerca da necessidade de uma agenda renovada para o desenvolvimento econômico e social da América Latina no século XXI – trata-se da conquista de oportunidades, liberdades e condições de vida para todos os cidadãos, inclusive e principalmente aos desamparados.

A política de assistência social na América Latina vem se apresentando como uma política estratégica, que entretanto confronta-se com um cenário bastante desfavorável, “haja vista os impactos do desemprego estrutural e conseqüentemente do aumento das pessoas em situação de pobreza e na condição de desigualdade”.³⁴

A paradójica cohabitación entre Democracia y Desigualdad se presenta como una contradicción entre las bondades políticas de un régimen de gobierno basado en los principios fundantes de la representación popular, la igualdad y la libertad de los ciudadanos y la realización práctica, hasta ahora, en contextos históricos sociales reales “limitados y precarios”. Las democracias se han desarrollado en un orden capitalista liberal de dominación y han sido en los últimos tempos acompañadas de “irritantes y crecientes” niveles de desigualdad.³⁵

É necessário reconhecer a existência deste paradoxo em primeiro lugar, para em seguida buscar a sua superação. Hoje há um consenso sobre a necessidade dos Estados democráticos em assegurar os direitos sociais aos indivíduos, a assistência social é uma das mais belas formas desta garantia.

2014.

33 LEMMI, Nora Beatriz. La desigualdad y sus causas, reflexiones sobre Chile y Argentina. In: CATTANI, Antonio David; Díaz, Laura Mota; COHEN, Néstor (Orgs.). *A construção da justiça social na América Latina*. Porto Alegre: Tomo, 2013, p. 20.

34 VIEIRA, Karen Santana de Almeida. *Mercosul e a política de assistência social: possibilidades e limites de uma política supranacional*. (Tese) Doutorado em Política Social. Universidade de Brasília. Brasília, 2011, p. 93. Disponível em: <http://repositorio.umb.br/bitstream/10482/9814/1/2011_KarenSantanaAlmeidaVieira.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

35 Em tradução livre do autor: “A coexistência paradoxal entre democracia e desigualdade se apresenta como uma contradição entre os benefícios políticos de um sistema de governo baseado nos princípios fundadores da representação popular, igualdade e liberdade dos cidadãos e da realização prática, até agora, em contextos históricos sociais como ‘limitados e precários’. As democracias têm se desenvolvido em uma ordem capitalista liberal de dominação e têm sido em tempos recentes, acompanhadas por níveis ‘irritantes e crescentes’ de desigualdade”. SERNA, Miguel. ¿Otra generación perdida? Democracias deficitarias, desigualdades persistentes y exclusión social en América latina. In: FREIRE, Silene de Moraes (Org.). *Direitos humanos. Violência e pobreza na América Latina contemporânea*. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2007, p. 20.



Em razão da conformação política pela qual passou um grande número das nações latino-americanas no século XX – com a presença de governos ditatoriais (e assim ausente a democracia), a falta de liberdade, a existência de conflitos armados, de violência, que refletiram no aspecto social por meio da exacerbação da pobreza e das desigualdades sociais – o desenvolvimento desta agenda tardou.

Assim, “o grande desafio da nova agenda é transformar a democracia ainda enfraquecida que existe hoje na América Latina em uma democracia vigorosa, capaz de lidar com novos e velhos desafios que se apresentam”.³⁶ A assistência social desta forma é um exercício de democracia por parte do Estado face aos cidadãos desamparados – que fará com ela própria se fortaleça e desenvolva-se em toda a sua plenitude.

No hay lugar a duda que la reforma social, aunque con revisiones, parece extenderse en el presente, abandonando la clásica vocación de protección universal que tendió a ser substituida por prestaciones focalizadas hacia segmentos de población que presentan un conjunto de carencias extremas que dificultaban

su incorporación plena a la vida social. En América latina, esta propuesta tuvo fuerte acogida política por las elites dirigentes, en la medida que los incompletos e informales sistemas de bienestar social (Gough; Wood, 2004) que, a su vez, presentaban ciertos rasgos corporativos, tenían la posibilidad de reconfigurarse a partir de la contemplación de la situación de los grupos sociales excluidos, que además carecían de capacidad de presión social.³⁷

Reformas fundamentais foram implementadas nos sistemas previdenciários de alguns países latino-americanos nas últimas décadas, as quais impactaram diretamente na assistência; a mudança mais significativa foi a substituição, total ou parcial de um sistema público de seguridade social, financiado por repartição, por sistemas de capitalização individual, administrados pelo setor privado e apoiados ativamente por organismos internacionais como o Banco Mundial.³⁸

O surgimento em quase todas as nações de um Ministério do “Desenvolvimento Social”, denotando o crescimento da relevância do assunto na esfera política e administrativa é outra característica.

37 Em tradução livre do autor: “Não há dúvida de que a reforma social, embora com revisões, parece se estender até o presente, sendo que a vocação à proteção universal tende a ser substituída por benefícios direcionados às populações que têm um conjunto de carências extremas que impediram a sua incorporação à vida social plena. Na América Latina, esta proposta foi bem acolhida pelas fortes elites políticas, na medida em que os sistemas incompletos e informais de bem-estar social (Gough, Wood, 2004) que, por sua vez, tinham certas características corporativas, foram capazes de reconfigurar-se contemplando a situação dos grupos socialmente excluídos, que também não tinham capacidade de pressão social”. MIDAGLIA, Carmen; FUENTES, Guillermo. Los marcos institucionales de los programas de combate a la pobreza en el Cono Sur. In: CATTANI, Antonio David; Díaz, Laura Mota; COHEN, Néstor (Orgs.). *A construção da justiça social na América Latina*. Porto Alegre: Tomo, 2013, p. 38.

38 HUJO, Katja. Novos paradigmas na previdência social: lições do Chile e da Argentina. In: *Planejamento de Políticas Públicas* (PPP). IPEA, n. 19, jun. 1999, p. 149. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/92/97>>. Acesso em: 16 set. 2014.

36 CARDOSO, Fernando Henrique; FOXLEY, Alejandro (Coords.). *América Latina*. Desafios da democracia e do desenvolvimento. Políticas sociais para além da crise. Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: iFHC, 2009, v. 2, p. 9.

5. A assistência social em outras nações da América Latina.³⁹

5.1. Argentina.

A Argentina é um dos países latino-americanos com um dos maiores índices de desenvolvimento humano, é um país pioneiro no desenvolvimento da seguridade social, que conseguiu atingir considerável grau de efetividade de suas políticas sociais.⁴⁰

Possui em sua Constituição menção acerca da proteção integral da família, de abonos familiares, do acesso a uma vida digna; assenta o sistema da seguridade social sob o pilar do trabalho, assim como no Brasil, e

considera os direitos sociais irrenunciáveis.⁴¹

As áreas que conformam a proteção social na Argentina abrangem saúde, deficiência, acidentes de trabalho, doenças profissionais, previdência social (que envolve velhice, invalidez e sobrevivência), família e filhos, entendidas como proteções familiares; proteção contra o desemprego e mercado de trabalho; habitação e saneamento; educação, alimentação e nutrição, assistência social, e outras.⁴²

Há ainda previsão infraconstitucional da *protección integral dos discapitados*⁴³ na

39 “Os primeiros estudos comparativos sobre provisão estatutária de seguridade social latino-americana surgiram nos anos 1970 e foram marcados pelo trabalho seminal de Mesa-Lago”, que por mais de três décadas se debreçou sobre o tema. DIXON, John. Sistemas de seguridade social na América Latina: uma avaliação ordinal. *Opinião Pública*, Campinas, v. VI, n. 2, 2000, p. 263-281. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762000000200005>. Acesso em: 16 set. 2014. A América Latina constitui-se dos países do continente americano com exceção dos Estados Unidos da América e do Canadá, dentre os quais: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela e, os territórios da Guiana Francesa, Ilha de Páscoa, Ilhas Galápagos, Ilhas Geórgia e Sandwich, Fernando de Noronha e Ilhas Malvinas na América do Sul; Guatemala, Belize, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica, Panamá e Caribe (região insular da América Central que é composto por 13 países independentes e mais 11 territórios: Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Cuba, Dominica, Granada, Haiti, Jamaica, República Dominicana, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago [países], Anguila, Antilhas Holandesas, Aruba, Guadalupe, Ilhas Caimã, Ilhas Turks e Caicos, Ilhas Virgens Americanas, Ilhas Virgens Britânicas, Martinica, Monte Serra e Porto Rico) na América Central e México na América do Norte. Este artigo não pretende ser exaustivo em analisar as diretrizes da assistência social em todos estes países, mas fazer um cotejamento de alguns deles com o modelo brasileiro, a fim de apresentar uma reflexão sobre o tema.

40 CARRO, Silvina Maria. *A assistência social no universo da proteção social*. [Tese] Doutorado em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 81. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7003>. Acesso em: 16 set. 2014. Em sua tese de Doutorado na área de Ciências Sociais, apresentada e defendida em 2008, a autora coteja especificamente o arranjo da assistência social no Brasil, França e Argentina.

41 La Constitución de Nación Argentina de 22 de agosto de 1994. “Art. 14 bis. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable*. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; *la protección integral de la familia*; la defensa del bien de familia; *la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*”. (destaque nosso) Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

42 CARRO, Silvina Maria. *A assistência social no universo da proteção social*. [Tese] Doutorado em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 82. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7003>. Acesso em: 16 set. 2014.

43 Acerca da determinação sobre incapacidade, o artigo 2º é bastante elucidativo, informado que: “Art. 2º. A los efectos de esta ley, se considera discapitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.” Os “des-

Lei nº 22.431, de 16 de março de 1981,⁴⁴ que objetiva assegurar a estes cuidados médicos, educação, acesso à seguridade social, assim como conceder-lhes franquias e estímulos que permitam, dentro do possível, neutralizar a desvantagem que esta incapacidade lhes provoca e, ainda, lhes deem oportunidade – mediante seu esforço – de desempenhar na sociedade função que exercem as pessoas consideradas normais, isto é, sem qualquer tipo de deficiência ou incapacidade. (art. 1º).

5.2. Bolívia.

Em um referendo, ocorrido em 25 de janeiro de 2009, a população boliviana aprovou sua nova Constituição,⁴⁵ e um dos principais avanços trazidos por ela é sem dúvida a incorporação de direitos econômicos, sociais e culturais aos direitos das nações e povos indígenas e também daqueles que até então teriam menores probabilidades de proteção por parte do Estado.

Si bien en el constitucionalismo liberal se excluyeron los derechos económicos y sociales, aquí no sólo se expresan en su integralidad sino que, al igual que sucede con los derechos civiles y políticos, se establecen de manera explícita las políticas públicas que debe implementar el Estado para garantizar su ejercicio y las acciones que una persona puede interponer para reivindicarlos jurídicamente. Así, la innovación legislativa que supone la Constitución prevé de manera procedimental no usual las garantías jurisdiccionales para el ejercicio de derechos, e incorpora nuevas formas jurídicas para su reivindicación, como

capacitados” poderiam, desta forma, ser equiparados aos deficientes, aos incapacitados, nos termos da lei brasileira correspondente. Há ainda no Título II, Capítulo I, previsão específica sobre saúde e assistência social. ARGENTINA. Lei nº 22.431/1981. Sistema de protección integral de los discapacitados. Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/textact.htm>>. Acesso em: 04 out. 2014.

44 *Ibidem*.

45 BOLÍVIA. Nueva Constitución Política del Estado. Disponível em: <<http://www.diputados.bo/index.php/institucional/constitucion>>. Acesso em: 05 out. 2014.

la acción de cumplimiento y la acción popular.⁴⁶

Esta nova Constituição traz a previsão dos direitos sociais e econômicos em seu capítulo quinto,⁴⁷ estando inclusa aí a seguridade social e, muito embora não haja menção expressa sobre a assistência social, há determinações constitucionais para que o Estado adote políticas públicas para a proteção e atenção da mulher grávida, dos idosos, das crianças e dos adolescentes. A força do modelo boliviano está nos arranjos de financiamento, no contexto de um padrão global que o coloca entre o primeiro terço de países na sub-região.⁴⁸

5.3. Chile.

Houve no Chile uma expansão gradual do gasto público social, da cobertura dos programas de educação, saúde e previdência social e também dos benefícios assistenciais à população até o ano de 1973, em que o Estado assumiu diretamente um crescente papel no financiamento, gestão e provisão direta dos serviços sociais. Contudo,

46 Em tradução livre do autor: “Enquanto os direitos econômicos e sociais foram excluídos no constitucionalismo liberal, aqui são expressos não apenas na sua totalidade, mas, da mesma forma que os direitos civis e políticos, se estabelecem de forma explícita as políticas públicas que deve implementar o Estado para garantir seu exercício e as ações que uma pessoa pode legalmente interpor para reclamá-los judicialmente. Assim, a inovação legislativa trazida pela Constituição prevê garantias jurisdiccionais para o exercício dos direitos, e incorpora novas formas jurídicas para a sua afirmação, como a ação de obrigação e ação popular”. BURGOA, Rebeca E. Delgado. Algunas reflexiones sobre la constitución política del Estado. In: VARGAS. Idón Moisés Chivi (Coord.). *Bolívia*. Nueva Constitución Política Del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 47-48. Disponível em: <http://www.embajadadebolivia.com.ar/m_publicaciones/libros-pdf/04ncpe_cepdpdf.pdf>. Acesso em: 04 out. 2014.

47 BOLÍVIA. Nueva Constitución Política del Estado. Disponível em: <<http://www.diputados.bo/index.php/institucional/constitucion>>. Acesso em: 05 out. 2014.

48 DIXON, John. Sistemas de seguridade social na América Latina: uma avaliação ordinal. *Opinião Pública*, Campinas, v. VI, n. 2, 2000, p. 263-281. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762000000200005>. Acesso em: 16 set. 2014.

(...) o governo militar instituído após o golpe de setembro de 1973 e que permaneceu mais de 16 anos no poder, introduziu mudanças radicais na economia – liberalização, abertura externa e privatização – e também no sistema de políticas sociais.⁴⁹

No escopo do governo militar, Augusto Pinochet comandou o país sob forte opressão às liberdades civis e políticas e conduziu uma profunda reestruturação econômica a partir de 1975, através de um conjunto consistente de políticas de liberalização e desregulação da economia, pelo qual desmantelou o aparato institucional tendo em vista cristalizar a regulação da economia pela via do mercado.⁵⁰

Nesta época o Chile alterou a forma de financiamento de seu sistema previdenciário de público (pelo método da repartição), para um sistema compulsório de capitalização. Esta mudança ocorreu durante o governo ditatorial de Pinochet, razão pela qual não foi bem vista, sendo considerada pouco atraente pelos países democráticos. Este novo sistema passou a ser gerenciado por administradores de fundos de pensão privados. Isso ocasionou uma redução drástica dos recursos, que afetou particularmente os setores de habitação, saúde e educação em termos de investimentos e remunerações, propiciou a introdução de mecanismos de mercado na alocação de recursos públicos; mas por outro lado houve a

focalização dos recursos fiscais nos segmentos mais pobres da população e o desenvolvimento de programas sociais compensatórios de situações de pobreza extrema.⁵¹

Em 1981, ainda sob o governo de Pinochet, foi criada a Lei nº 18.020 que estabeleceu subsídio familiar destinado para pessoas com escassos recursos, concedendo um benefício assistencial mensal em dinheiro às famílias com crianças até 18 anos de idade e aos inválidos de qualquer idade que não possuíssem renda superior ao montante desse benefício.⁵² Referida lei segue vigente ainda hoje tendo sido incorporada pelo Sistema *Chile Solidario*.

Em março de 1990, há o retorno do Chile à democracia e com ele uma nova fase na política social é demarcada. Em 17 de setembro de 2005, foi promulgada “La Constitución Política de la Republica Del Chile”⁵³ que trás em seu Capítulo III os direitos e deveres constitucionais, muito embora não faça menção direta à assistência social.

Em 2002, foi criado o Programa Puente destinado a amparar as famílias em situação de extrema pobreza e permitir a sua entrada no Sistema *Chile Solidario* – desenvolvido com o objetivo de oferecer apoio psicossocial a famílias que se encontram em condições de suma pobreza. Esse sistema, regulamentado pela Lei nº 19.949/2004,⁵⁴ se caracteriza por

49 ALVIM, Renata Baía Afonso Rego. *Seguridade social na América Latina: trajetórias recentes de reforma e contrar-reforma*. Dissertação. Mestrado em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 54. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/RENATA_ALVIM.pdf>. Acesso em: 04 out. 2014.

50 CARRARO, Dilceane. *A política de assistência social no Brasil e no Chile: o binômio da focalização x universalização*. Dissertação. Mestrado em Serviço Social. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2010, p. 72. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94031/282490.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 out. 2014.

51 ALVIM, Renata Baía Afonso Rego. *Seguridade social na América Latina: trajetórias recentes de reforma e contrar-reforma*. Dissertação. Mestrado em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 54. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/RENATA_ALVIM.pdf>. Acesso em: 04 out. 2014.

52 CARRARO, Dilceane. *A política de assistência social no Brasil e no Chile: o binômio da focalização x universalização*. Dissertação. Mestrado em Serviço Social. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2010, p. 74. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94031/282490.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 out. 2014.

53 CHILE. La Constitución Política de la Republica Del Chile. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em: 05 out. 2014.

54 Já em seu artigo 2º a lei estabelece seu escopo, a saber: “Art. 2º. ‘Chile Solidario’ considera acciones y prestacio-

constituir-se “no próprio Sistema de Proteção Social e Promoção Social estabelecido pelo Chile, que possui o objetivo de coordenar a rede de ações relativas a proteção social – tanto pública, quanto privada – nos níveis nacional, regional e local”.⁵⁵

Diante disso, pode-se dizer que a nova política social não consistiu em apenas mais do mesmo senão que a focalização se tornou mais complexa pela ampliação dos grupos destinatários. Aos segmentos de pobreza extrema e materno-infantil, vêm somar-se as mulheres, os jovens, os povos indígenas, os adultos maiores e os portadores de deficiência. Em consequência, aos temas centrais dos programas, acrescentam-se a qualidade e equidade da educação, além da integração laboral e social dos jovens e mulheres, entre outros.⁵⁶

5.4. Colômbia.

Na Colômbia, de acordo com o artigo 48 da Constituição, a seguridade social é um serviço público de caráter obrigatório, prestado sob

a coordenação e direção do Estado, em sujeição aos princípios da eficiência, universalidade e solidariedade. É um direito irrenunciável, em que se consignam os princípios mínimos fundamentais entre eles o da garantia da seguridade social, da proteção especial da mulher, da maternidade e ao trabalhador menor de idade.

Mas a conquista destes direitos somente se deu com a promulgação da Constituição Política da Colômbia em 1991,⁵⁷ e que veio ao atendimento de uma situação crítica no cenário social, de extrema pobreza e desamparo. Embora na década precedente houvesse um grande aporte para a seguridade social, era pequena a cobertura oferecida por ele:

Desde el punto de vista de la estructura del gasto social se aprecia también la importancia de la seguridad social (comprende salud y pensiones) que concentra 40% de los recursos totales. Esta elevada participación de la seguridad social en el gasto social total está acompañada, según se analizará más adelante, por una limitada cobertura dese sistema.⁵⁸

Em seu Capítulo 2, a Constituição Colombiana trata dos direitos sociais, econômicos e culturais, determinando especial proteção à mulher grávida, assegurando-lhe assistência e proteção depois do parto, recebendo inclusive “subsídio alimentario” (alimentos) se estiver desempregada ou desamparada (art. 43); determina ainda que o Estado a sociedade e a família concorrerão para a proteção e assistência das pessoas da terceira idade, e promoverão sua integração a uma vida ativa e em

nes par familias y personas en situación de extrema pobreza, que consisten en apoyo psicosocial, acceso al subsidio familiar de la ley N° 18.020, a la pensión básica solidaria de vejez o invalidez, al subsidio al pago de consumo de agua potable y de servicio de alcantarillado de aguas servidas de la ley N° 18.778, y al subsidio pro retención escolar, de acuerdo a lo establecido por la ley N° 19.873, sin perjuicio del acceso preferente a otras acciones o prestaciones que se implementen o coordinen a través de ‘Chile Solidario’. Todo lo anterior conforme a las normas de esta ley y su reglamento.” CHILE. Lei n° 19.949/2004. Sistema Chile Solidario. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=226081>>. Acesso em: 05 out. 2014

55 CARRARO, Dilceane. *A política de assistência social no Brasil e no Chile: o binômio da focalização x universalização*. Dissertação. Mestrado em Serviço Social. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2010, p. 78. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94031/282490.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 out. 2014.

56 ALVIM, Renata Baía Afonso Rego. *Seguridade social na América Latina: trajetórias recentes de reforma e contrar-reforma*. Dissertação. Mestrado em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 54. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/RENATA_ALVIM.pdf>. Acesso em: 04 out. 2014.

57 COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia. Disponível em: <<http://www.constitucioncolombia.com/indice.php>>. Acesso em: 05 out. 2014.

58 Em tradução livre do autor: “Do ponto de vista da estrutura dos gastos sociais a importância da segurança social (incluindo saúde e pensões), que responde por 40% do total de recursos também é apreciada. Esta elevada participação da seguridade social no total de gastos sociais é acompanhada, como será discutido a seguir, por uma limitada cobertura desse sistema”. CARCIOFI, Ricardo; BECCARIA, Luis. *América Latina y el gasto social*. Lecciones sobre provision y regulación pública en los sectores durante la década de los ochenta. Bogotá: Unicef, 1995, p. 80.

sociedade, sendo ainda que ao Estado caberá garantir-lhes os serviços da seguridade social e o “subsídio alimentar” em caso de indigência (art. 46). Destaque ainda para a obrigatoriedade de atendimento gratuito do menor até um ano de idade em todas as instituições de saúde, independentemente de estarem cobertos por algum tipo de proteção da seguridade social.

5.5. Paraguai.

A Constitución Nacional do Paraguai, promulgada em 1967, em seu artigo 95 traz determinações implícitas quanto à assistência social, e assevera que a seguridade social (que também se assenta no trabalho) se estende a todos os setores da população.⁵⁹ Ela cria um sistema obrigatório e integral de seguridade social para o trabalhador dependente e sua família, cuja extensão promover-se-á a todos os setores da população. Admite-se que os sistemas de seguridade social sejam públicos, privados ou mistos, mas em todos os casos são administrados pelo Estado.

Durante o período de 1989 a 1998 assume-se o Bem-Estar como um ente público normativo e propulsor de um Sistema Nacional de Serviços Sociais no Paraguai e que neste caráter integra o Grupo Técnico de Apoio e de elaboração do Código Ibero-americano de Seguridade Social e a Rede Ibero-americana de Serviços Sociais Públicos (Políticas para Idosos e Portadores de Deficiência Física).⁶⁰

59 “Art. 95. De la seguridad social. El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado. Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio”. PARAGUAI. Constitución Nacional del Paraguay. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

60 VIEIRA, Karen Santana de Almeida. *Mercosul e a política de assistência social: possibilidades e limites de uma política supranacional*. Tese. Doutorado em Política Social. Universidade de Brasília. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstre->

Há ainda o Decreto nº 9.235, de 8 de junho de 1995,⁶¹ que criou a Secretaria de Ação Social, e vincula-se diretamente à Presidência da República. Esta secretaria tem a missão de promover as condições de bem-estar social da população, orientar, programar e impulsionar as ações conjuntas entre os setores públicos e privados, assim como a participação cidadã e, ainda, desenvolver sua capacidade de liderar e de coordenar a implementação de uma política social no Estado.

5.6. Peru.

No Peru o cenário não é muito diferente do restante da América Latina no que concerne ao estágio de desenvolvimento da assistência social. O que salta aos olhos são as estatísticas que demonstram, ainda hoje, um largo e profundo quadro de pobreza: segundo o mapa da pobreza no Peru (2006), 68% da população são catalogados como pobres, sendo que 65% mora em zona rural.

Desde a década de 1990, o país vem registrando taxas de crescimento econômico, contudo este progresso não tem se refletido nos resultados das iniciativas sociais no combate à pobreza e no atendimento aos mais necessitados: “a maioria dos programas assistenciais destinados à diminuição dos índices de pobreza e de desnutrição se caracteriza por serem focalizados e não evidenciam importantes mudanças frente à problemática”.⁶²

am/10482/9814/1/2011_KarenSantanaAlmeidaVieira.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014. A autora denota a dificuldade de maior aprofundamento nas análises da assistência social no Paraguai na atualidade em razão da dificuldade de acesso e escassez de bibliografia sobre o tema.

61 Paraguai. Decreto nº 9.235 de 08 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.stp.gov.py/v1/>>. Acesso em: 05 out. 2014.

62 CABRERA, Beatriz Fernandez. Os conselhos comunais: subjetividades e rupturas do mundo popular venezuelano. In: BORGES, Liliam Faria Porto; MAZZUCO, Neiva Gallina (Orgs.) *Democracia e políticas sociais na América Latina*. São Paulo: Xamã, 2009, p. 67.

A Constituição Peruana,⁶³ em seu Capítulo II, trata dos direitos sociais e econômicos, prevendo especial proteção às crianças, aos adolescentes, às mães e aos idosos em situação de abandono (art. 4), bem como prevê um regime legal de proteção, atenção, readaptação e seguridade à pessoa incapacitada de cuidar de si mesma em razão de deficiência física ou mental. (art. 7).

5.7. Uruguai.

No Uruguai, já no início do século passado, havia previsão legal acerca da Assistência Pública Nacional (Lei nº 3.724, de 7 de novembro de 1910), como direito dos indivíduos e como obrigação do Estado. Esta lei vinha se contrapor à ordem até então vigente de assistência prestada como filantropia e caridade: a atenção aos necessitados – doentes, idosos, crianças desamparadas já não dependia mais de um ato de bondade dos membros da sociedade civil.

A Constituição paraguaia em vigor, que data de 1967, sofreu atualizações, e embora não faça previsão expressa da assistência social traz indicações do atendimento que deve ser prestado pelo Estado aos indigentes ou carentes de recursos suficientes que por inferioridade física ou mental de caráter crônico estejam inabilitados para o trabalho (art. 46).

5.8. Venezuela.

A Venezuela, assim como os demais países latino-americanos, desenvolveu-se e desenvolve-se enfrentando graves problemas estruturais. “Na Venezuela, a imensa desigualdade social vivida nos anos 1980 e 1990 foi sedimentando a necessidade de inclusão, produzindo, assim, correntes de mudança que vem dos setores sociais excluídos, desatendidos e desvalorizados”, assevera Beatriz Fernandez Cabrera, e explica, ainda, que estas correntes se chocam “com as forças do

pensamento social dominante”.⁶⁴

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, promulgada em 1999, traz inscrito em seus princípios fundamentais, já no artigo 2º, a determinação de que “A Venezuela constitui-se em um Estado democrático e social de Direito e de Justiça”.⁶⁵ Esta carta constitucional prevê, em seu Capítulo V, proteção aos direitos sociais e das famílias. Há menção expressa da proteção integral, com prioridade absoluta à infância (art. 78), e aos idosos, sendo assegurado pelo Estado pleno exercício de seus direitos e garantias e, nos termos da lei:

Art. 80. (...) El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.⁶⁶

64 CABRERA, Beatriz Fernandez. Os conselhos comunais: subjetividades e rupturas do mundo popular venezuelano. In: BORGES, Liliam Faria Porto; MAZZUCO, Neiva Gallina (Orgs.) *Democracia e políticas sociais na América Latina*. São Paulo: Xamã, 2009, p. 100.

65 VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 06 out. 2014.

66 Em tradução livre do autor: “Art. 80. (...) O Estado, com a participação conjunta da família e da sociedade, tem a obrigação de respeitar a dignidade humana, a autonomia e a conceder-lhes o cuidado integral e benefícios da previdência social que aumentem e garantam a sua qualidade de vida. Pensões e benefícios de aposentadoria concedidos pelo sistema de Segurança Social não podem ser inferiores ao salário mínimo. Aos idosos é garantido o direito a um trabalho adequado para aqueles que manifestem desejo nesse sentido e sejam capazes de realizá-lo”. VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 06 out. 2014.

63 PERU. Constitución Política del Perú. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Acesso em: 06 out. 2014.

Há, ainda, a previsão de proteção aos “discapacitados” ou àqueles com necessidades especiais (art. 81) para que tenham o exercício pleno e autônomo de suas capacidades e a sua integração familiar e social. Contudo, embora não haja a previsão expressa da existência da assistência social, como no modelo brasileiro, a Constituição venezuelana contempla essa possibilidade em seu artigo 86 que trata da seguridade social e afirma:

Art. 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. *La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección.* Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.⁶⁷

67 Em tradução livre do autor: “Toda pessoa tem direito à segurança social como um serviço público, sem fins lucrativos, para garantir a saúde e proteção em eventualidades

Veja-se que há a previsão legal da cobertura de eventos como a maternidade, a enfermidade, a invalidez, a deficiência, a velhice, entre outros, estabelecendo que a ausência de capacidade contributiva não será motivo para excluir as pessoas desta proteção, o que em outros termos, equivale à dispensa da contributividade da assistência social – que a difere da previdência em que necessariamente há a colaboração para a condição de segurado.

6. Considerações finais.

Uma das principais funções do Estado Democrático de Direito na atualidade é buscar reduzir as desigualdades e a pobreza que o livre funcionamento do mercado produz, desigualdades e pobreza estas que o capitalismo aprofunda, exacerba.

Ser pobre significa – em termos muito simples – consumir todas as energias disponíveis exclusivamente na luta contra a morte, o que implica – faticamente – em não poder este indivíduo, atuar como cidadão íntegro, sendo politicamente mais fraco e dependente.⁶⁸ Uma nação que abriga pobreza é uma

de maternidade, paternidade, doença, invalidez, doença catastrófica, deficiência, necessidades especiais, riscos ocupacionais, a perda de emprego, desemprego, velhice, viuvez, orfandade, (perda da) habitação, encargos da vida familiar e de outras circunstâncias de bem-estar social. O Estado tem a obrigação de assegurar a realização deste direito, criando um sistema universal de segurança social, a integração, a solidariedade financiamento, contribuições unitárias, eficientes e participativas, diretas ou indiretas. *A ausência de capacidade contributiva, não exclui pessoas de proteção.* Os fundos de segurança social não pode ser utilizado para outros fins. As contribuições obrigatórias que realizem os trabalhadores e trabalhadoras para cobrir benefícios médicos e de bem-estar e outros serviços de segurança social pode ser administrado apenas para fins sociais, sob a orientação do Estado. O capital líquido remanescente destinado à saúde, educação e segurança social serão acumulados para fins de serviços de distribuição e contribuição nesses serviços. O sistema de segurança social será regulamentada por uma lei orgânica especial.” VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 06 out. 2014.

68 ABRANCHES, Sergio Henrique. *Política social e combate à pobreza*. A teoria da prática. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987, p. 16.

nação menos democrática, neste sentido.

A persistência da pobreza – nas suas mais cruéis formas, tais como a fome, a doença, o desemprego e a marginalização – ainda nos dias atuais, em que existem fartos recursos para superá-la, conforma um paradoxo que merece ser analisado, a fim de que se identifiquem suas razões, e mais, para que seja possível a geração de condições materiais e intelectuais que guiem a ação para a sua superação.

Na grande maioria dos países – e na América Latina não é diferente –, o Estado funciona como instrumento das instituições democráticas representativas fornecendo bens e serviços públicos em atendimento à demanda social.

Se o Estado é importante para reduzir a pobreza, absorver os custos do funcionamento dos mercados e reduzir as desigualdades, o que mais chama a atenção na experiência da maior parte dos países latino-americanos é, precisamente, a fraqueza de seus Estados.⁶⁹

Boaventura Souza Santos chama a atenção para a necessidade de uma “refundação” do Estado e da democracia baseados em uma visão de mundo diferente:

El Sur son los pueblos, los países y las naciones que han sufrido más con el desarrollo del capitalismo global, porque se mantuvieron como países subdesarrollados, en desarrollo permanente, sin llegar nunca al marco de los países desarrollados. Y por eso, aprender con el Sur significa que la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental del mundo. Hoy por hoy debemos tener la idea clara de que hay otras visiones del mundo que

hay que compartir, verlas y analizarlas. El primer paso en esa dirección es estar muy atentos a la diversidad del mundo que es inagotable. Y esa diversidad es cultural. Pero, lo que es nuevo en nuestro tiempo, a inicios del siglo XXI, es que lo cultural también es económico y también es político. Por eso nos pone cuestiones como la de una refundación del Estado y de una refundación de la democracia.⁷⁰

A assistência social deve se realizar de forma integrada às políticas setoriais, para fazer o efetivo enfrentamento da pobreza, garantir os mínimos sociais e prover as condições para acudir às contingências sociais e à universalização dos direitos sociais. No Brasil, a Constituição Federal e a LOAS é que dão o respaldo legal para a efetivação dos direitos sociais. Na América Latina, em diversas nações, há a previsão da proteção no âmbito constitucional e infraconstitucional, como se viu.

Contudo, há que se considerar que, apesar de todos os esforços, a desigualdade ainda hoje parece ser a regra, o que deve fazer-nos pensar e repensar a assistência e seus moldes, com o objetivo de obter uma maior efetividade, permitindo uma vida digna a todos e não apenas à população economicamente ativa e capaz de prover seu próprio sustento, mas essencialmente àqueles que estão à margem da sociedade.

69 MARCEL, Mario; RIVERA, Elizabeth. Economía política das receitas fiscais e políticas sociais na América Latina. In: CARDOSO, Fernando Henrique; FOXLEY, Alejandro (Coords.). *América Latina*. Desafios da democracia e do desenvolvimento. Políticas sociais para além da crise. Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: iFHC, 2009, v. 1, p. 252.

70 Em tradução livre do autor: “O Sul são os povos, países e nações que mais sofreram com o desenvolvimento do capitalismo global, porque se mantiveram como países subdesenvolvidos, em permanente desenvolvimento, sem nunca chegar ao marco dos países desenvolvidos. E assim, aprender com o Sul significa que a compreensão do mundo é muito mais ampla do que a compreensão ocidental do mundo. Hoje temos a ideia clara de que há outras visões de mundo para compartilhar e analisar. O primeiro passo nessa direção é estar muito atentos à diversidade do mundo que é inesgotável. E essa diversidade é cultural. Mas o que há de novo no nosso tempo, no início do século XXI, é que o cultural é também econômico e também político. Então nós colocamos questões como a refundação do Estado e uma reformulação da democracia”. SANTOS, Boaventura Souza. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-CEDIB, 2007. Disponível em: <<http://www.bivica.org/upload/Estado-reinencion.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

Referências.

ABRANCHES, Sergio Henrique. *Política social e combate à pobreza*. A teoria da prática. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

ALVIM, Renata Baía Afonso Rego. *Seguridade social na América Latina: trajetórias recentes de reforma e contrarreforma*. Dissertação. Mestrado em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/RENATA_ALVIM.pdf>. Acesso em: 04 out. 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência física*. 3 ed. Brasília: CORDE, 2003.

ARGENTINA. Constitución Nacional Argentina. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. Lei nº 22.431/1981. Sistema de protección integral de los discapacitados. Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/texact.htm>>. Acesso em: 04 out. 2014.

ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. *Revista do IAPI*, v. 17, 1975.

BALERA, Wagner. *Direito previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional, ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social – gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica Virtual*, v. 5, n. 48, maio/2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

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

BOLÍVIA. Nueva Constitución Política del Estado. Disponível em: <<http://www.diputados.bo/index.php/institucional/constitucion>>. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____. Lei nº 10.741/2003. Estatuto do idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. Lei nº 12.470/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em: 04 out. 2014.

BURGOA, Rebeca E. Delgado. Algunas reflexiones sobre la constitución política del Estado. In: VARGAS. Idón Moisés Chivi (Coord.). *Bolivia. Nueva Constitución Política Del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010. Disponível em: <http://www.embaajadadebolivia.com.ar/m_publicaciones/libros-pdf/04ncpe_cep.pdf>. Acesso em: 04 out. 2014.

CABRERA, Beatriz Fernandez. Os conselhos comunais: subjetividades e rupturas do mundo popular venezuelano. In: BORGES, Liliam Faria Porto; MAZZUCO, Neiva Gallina (Orgs.) *Democracia e políticas sociais na América Latina*. São Paulo: Xamã, 2009.

CARCIOFI, Ricardo; BECCARIA, Luis. *América Latina y el gasto social*. Lecciones sobre provision y regulación pública en los sectores durante la década de los ochenta. Bogotá: Unicef, 1995.

CARDOSO, Fernando Henrique; FOXLEY, Alejandro (Coords.). *América Latina*. Desafios da democracia e do desenvolvimento. Políticas sociais para além da crise. Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: iFHC, 2009. v. 2.

CARRARO, Dilceane. *A política de assistência social no Brasil e no Chile: o binômio da focalização x universalização*. Dissertação. Mestrado em Serviço Social. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94031/282490.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 out. 2014.

CARRO, Silvina María. *A assistência social no universo da proteção social: Brasil, França e Argentina*. Tese. Doutorado em Serviço Social.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7003>. Acesso em: 16 set. 2014.

CARTA ENCÍCLICA Quadragesimo Anno de Sua Santidade Papa Pio XI sobre a restauração e aperfeiçoamento da Ordem Social em conformidade com a Lei Evangélica no XI Aniversário da Encíclica de Leão XIII “Rerum Novarum”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_enciclica_quadragesimo_anno.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

CATTANI, Antonio David; Díaz, Laura Mota; COHEN, Néstor (Orgs.). *A construção da justiça social na América Latina*. Porto Alegre: Tomo, 2013.

CEDENHO, Antonio Carlos. *Diretrizes constitucionais da assistência social*. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2011-05-11T14:09:08Z-10850/Publico/Antonio%20Carlos%20Cedenho.pdf>. Acesso em: 04 out. 2014.

CHILE. La Constitución Política de la Republica Del Chile. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Lei nº 19.949/2004. Sistema Chile Solidario. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=226081>>. Acesso em: 05 out. 2014.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia. Disponível em: <<http://www.constitucioncolombia.com/indice.php>>. Acesso em: 05 out. 2014.

DAMASCENO, Luiz Rogerio da Silva. Benefício assistencial: a redefinição do conceito de miserabilidade à luz da jurisprudência do STF. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 19, n. 3935, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27385>>. Acesso em: 04 out. 2014.

DIXON, John. Sistemas de seguridade social na América Latina: uma avaliação ordinal. *Opinião Pública*, Campinas, v. VI, n. 2, 2000, p. 263-281. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762000000200005>. Acesso em: 16 set. 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JR. *et al. Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989.

HUJO, Katja. Novos paradigmas na previdência social: lições do Chile e da Argentina. In: *Planejamento de Políticas Públicas (PPP)*. IPEA, n. 19, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/92/97>>. Acesso em: 16 set. 2014.

MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

MARCEL, Mario; RIVERA, Elizabeth. Economia política das receitas fiscais e políticas sociais na América Latina. In: CARDOSO, Fernando Henrique; FOXLEY, Alejandro (Coords.). *América Latina*. Desafios da democracia e do desenvolvimento. Governabilidade, globalização e políticas econômicas para além da crise. Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: iFHC, 2009. v. 1.

MELLER, Patricio; LARA, Bernardo. Gasto social na América Latina: nível, progressividade e componentes. In: CARDOSO, Fernando Henrique; FOXLEY, Alejandro (Coords.). *América Latina*. Desafios da democracia e do desenvolvimento. Políticas sociais para além da crise. Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: iFHC, 2009. v. 2.

MIDAGLIA, Carmen; FUENTES, Guillermo. Los marcos institucionales de los programas de combate a la pobreza en el Cono Sur. In: CATTANI, Antonio David; Díaz, Laura Mota; COHEN, Néstor (Orgs.). *A construção da justiça social na América Latina*. Porto Alegre: Tomo, 2013.

MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PARAGUAI. Constitución Nacional del Paraguay. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Decreto nº 9.235 /1995. Disponível em: <<http://www.stp.gov.py/v1/>>. Acesso em: 05 out. 2014.

PERU. Constitución Política del Perú. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Acesso em: 06 out. 2014.

SANTOS, Boaventura Souza. La reinvenção del Estado y el Estado plurinacional. Santa Cruz de la Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-CEDIB, 2007. Disponível em: <<http://www.bivica.org/upload/Estado-reinvencon.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

SERNA, Miguel. ¿Otra generación perdida? Democracias deficitarias, desigualdades persistentes y exclusión social en América latina. In: FREIRE, Silene de Moraes (Org.). *Direitos humanos. Violência e pobreza na América Latina contemporânea*. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÕES, Carlos. *Curso de direito do serviço social*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2009.

STF. RE 580.963/PR, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 14/11/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. RE 567.985/MT, Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 02/10/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 04 out. 2014.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 06 out. 2014.

VIEIRA, Karen Santana de Almeida. *Mercosul e a política de assistência social: possibilidades e limites de uma política supranacional*. Tese. Doutorado em Política Social. Universidade de Brasília. Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9814/1/2011_KarenSantanaAlmeidaVieira.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

Subjetividade no pós-positivismo: breve ensaio sobre a dificuldade da aplicação de princípios



Rogério Volpatti Polezze

Juiz Federal Substituto do TRF da 3ª Região. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: Artigo pretende estimular o debate entre princípios e normas, destacando, de um lado, o caráter axiológico dos princípios (num abandono do positivismo puro) e, de outro lado, a dificuldade que o abandono de critérios completamente objetivos traz na aplicação do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Pós-positivismo. Ativismo judicial.

ABSTRACT: This paper contributes to the debate between principles and norms, in order to highlight, on the one hand, axiological nature of the principles and, on the other hand, how difficult the abandonment of objective criteria makes on application of law.

KEYWORDS: Principles. Postpositivism. Judicial activism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pós-positivismo: era dos princípios. 3. Ponderação. 4. Afastamento da subsunção. 5. Julgamentos ruidosos: forte subjetividade. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Ao longo da evolução dos povos, há momentos de verdadeira confusão entre direito e moral; em outros momentos, o direito tentou afastar-se por completo da moral; então, adiante, ainda que em outra roupagem, o direito parece ter procurado uma reaproximação com a moral. O campo – que, às vezes, apresenta-se movediço – entre direito e moral (e, por conseguinte, no que se acredita ser justiça) evidencia-se, ao estudar o

direito natural,¹ o positivismo jurídico e, mais

¹ Utilizando-se do termo, bom lembrar a seguinte lição: “O rótulo genérico do *jusnaturalismo* tem sido aplicado a fases históricas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à antiguidade clássica e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média. A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teleológico que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Ida-

recentemente, o pós-positivismo.

Diante do Estado liberal, o *jusnaturalismo* cede ao positivismo. O positivismo que se experimentou com força em seguida procurou impor distância entre direito e moral. As características do positivismo são bastante conhecidas. Seu apogeu normativo confunde-se com a doutrina do jurista Hans Kelsen, podendo receber a seguinte síntese:

Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da *estatalidade* do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a *completude* do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o *formalismo*: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. *Também aqui se insere o dogma da subsunção*, herdado do formalismo alemão.² (destaque)

A moral e o direito têm um nítido fundamento ético em comum³ e ambos regulam as condutas humanas.⁴ Vicente Rao destaca posicionamento tradicional no sentido de que a distinção não é difícil:

A distinção entre a Moral e o Direito pode ser formulada muito simplesmente: a Moral fornece o critério para a apreciação de nossos interesses, enquanto o Direito marca os limites dentro dos quais nossos interesses se realizam.

Destacar um critério para apreciação de nossos interesses é a função da Moral; determinar os princípios de sua recíproca limitação, é função do Direito. As demais distinções decorrem desta, que é fundamental, o que também justifica a harmonia que deve reinar entre a Moral e o Direito.⁵

Entretanto, a despeito da leitura da lição de Vicente Rao, pode-se entender que tal distinção pode não se mostrar sempre tão simples. Ora, moral é um conceito obviamente aberto, que traz dificuldades em torno de seu entendimento. É que, em nossa sociedade, existe uma gama enorme de influências que terão reflexos sobre noções relacionadas à moral.⁶ Mais ainda, em função do engrandecimento de valores éticos sobre o direito, tal suposta confusão mostrar-se-á ainda maior.

A derrocada⁷ do positivismo jurídico –

5 *Ibidem*, p. 72, citação na nota 9.

6 Perry faz análise acerca da sociedade americana plenamente aplicável à brasileira: “The moral culture of the United States is pluralistic: American society comprises many different moral communities, including religious communities. Some observers think that this state of affairs makes the United States a City of Babel that productive moral discourse among all or even most of the various moral communities is impossible to achieve because the basic moral beliefs of many communities are fundamentally different from those of many others. Even if it does not make the United States a City of Babel, the pluralistic character of American moral culture gives rise to a number of serious problems concerning the relation of morality and religion to politics and law.” (PERRY, Michael J. *Morality, politics and law*. New York: Oxford University Press, 1990, p. 3-4)

7 De qualquer forma, inegável a contribuição do positivismo, como bem lembrado por José Afonso da Silva: “A teoria de Kelsen prestou enorme serviço à ciência jurídica, incluindo a ciência do direito constitucional. Mas sua purificação do direito, que expurgou dele certo ranço naturalista, psicologista e sociológico, desnudou a norma jurídica de tal modo que ela ficou reduzida a um tipo de *lógica jurídica* estritamente formal, num processo de formalização absoluta, bem descrito por Carlos Cossio: ‘Kelsen desenvolve o tema da pureza metódica sobre a base de duas purificações. A primeira contrapõe o ser da Natureza ao dever ser em sentido amplo, sem mais apoio do que a tradição kantiana (...). Esta purificação tende a eliminar todo o naturalismo da ciência jurídica. A Biologia, a Psicologia, a Sociologia ficam expulsas; Kelsen fica com o dever ser. Mas logo vem uma segunda purificação; agora, dentro do próprio dever ser, que contrapõe o dever ser lógico ao dever ser axiológico. Essa outra purificação tende a elimi-

de Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII.” (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 114)

2 *Ibidem*, p. 118-119.

3 RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72.

4 *Ibidem*, p. 73.

ao menos, em sua versão pretensamente pura – faz prova da dificuldade de distinção plena entre direito e moral.

Eis, de uma forma bem sintética, o momento em que nos encontramos: além das normas postas, além de uma operação quase matemática de fazer incidir normas jurídicas (pela subsunção); numa etapa histórica de reencontro do direito com valores éticos (deixados pelo positivismo puro de Kelsen somente a cargo da moral), e com atenção de fazer valer – além de regras – os princípios nas complexas relações jurídicas da sociedade atual.⁸

2. Pós-positivismo: era dos princípios.

Após a Segunda Guerra Mundial, vê-se um retorno a padrões éticos.⁹ Mais: trata-se

nar toda axiologia da ciência jurídica. A Religião, a Moral, a Política ficam expulsas. Kelsen busca uma categoria vazia, um conceito puro em sentido Kantiano (...). Kelsen fica com o dever ser lógico: a imputação é a verdadeira categoria do conhecimento jurídico.” (SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011)

8 Luís Roberto Barroso explica, em poucas linhas, tanto o fim do apogeu positivista quanto a abertura para uma nova visão sobre o direito (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 120-121).

9 Como dito acima, a inserção do princípio no direito ganhou força no século XX: com menção expressa em textos internacionais (v.g., Carta da ONU, 1945, e Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948). Ilustrativo fazer destaque ao teor do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de

de reconhecer – uma admissão de culpa da sociedade que testemunhou tantas atrocidades na Segunda Guerra Mundial? – os riscos patentes de adoção rigorosamente formalista, pela hierarquização, competência na emissão de normas jurídicas, instrumentalizando a pessoa humana, deixando de considerar o homem, o ser humano (com suas necessidades próprias pelo simples fato de existir).

Tal a força que ganhou após metade do século XX, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido utilizado para diversos fins, inclusive, com exageros, tendendo a banalizá-lo, com sua menção, por exemplo, em discussões “mais mundanas” (“como o uso obrigatório de cintos de segurança, o custo do aquecimento residencial e as regras de serviço social”).¹⁰ Pode-se enxergar, todavia, que a banalização é aparente, pois vem apenas evidenciar o norte essencial da dignidade da pessoa humana em relação aos demais direitos fundamentais:

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro.

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.¹¹

relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso”. (destaquei)

10 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 23.

11 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102.

Ronald Dworkin reconhecidamente teceu crítica profunda à positividade do direito e deixa claro que não basta sua posituação para alcançar-se plena exigibilidade, sendo, caso a caso, necessário verificar se atende à consciência de todos.^{12 13}

Dworkin assinalava que o positivismo, contudo, não explicava o movimento dos juízes em direção da moral de forma a julgar casos extremamente difíceis (como chamava, numa tradução livre, os *hard cases*).¹⁴ E, apesar de propostas tendentes a explicar tal movimento, é certo que as respostas permanecem abertas, demonstrando o quão atual é o debate moral-direito. Isto, apesar de opiniões no sentido de que tal espécie de controvérsia perdeu razão de existir, após adoção em regras positivadas de tantos princípios de ordem moral. É que, apesar da posituação, o campo incerto de conceitos tão abertos impõe-se.

Clara a ruptura em relação às normas positivadas, defendida por Dworkin. Verdade que Dworkin é criticado por atribuir uma natureza moral ao direito, como se houvesse retorno ao *jusnaturalismo*.¹⁵ Em sua obra,



verifica-se, de fato, a vinculação que defendia com a moral.¹⁶

Abre-se, de qualquer maneira, com o pós-positivismo um panorama indeterminado, menos preso à rigidez das leis postas. Baseado em questões axiológicas. De um lado, torna o direito menos óbvio, menos exato e, talvez, por isso, mais rico e consonante com a complexidade da sociedade.

12 Seu posicionamento gerou uma controvérsia muito estudada: com críticas em relação à obra de Hart. Tanto por isso, diz-se de um verdadeiro debate entre Hart e Dworkin. (SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, working paper n. 77, mar. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 17 out. 2014)

13 A propósito de tal debate (Hart-Dworkin): “According to Raz, therefore, when pedigreed standards run out, judges are under a legal obligation to look to moral principles to resolve the case at hand. Furthermore, in such cases, judges are exercising strong discretion insofar as they are obligated to look beyond the law and apply these extralegal principles to the case at hand. Strong discretion does not, therefore, entail the existence of ‘extra-legal principles [a judge] is free to apply if he wishes.’ Rather, judges are legally constrained to apply certain extralegal principles, namely, the morally best ones.” (*Ibidem*, p. 21-22)

14 *Ibidem*, p. 36.

15 “Neste particular, a questão que se põe em relação à teoria de Dworkin refere-se à possibilidade de tratar-se de mais um modelo jusnaturalista: os princípios jurídicos seriam deduzidos de mandamentos morais universais. Parece-me que esse argumento não procede.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais

como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 54)

16 “I just spoke of ‘principles, policies, and other sorts of standards’. Most often I shall use the term ‘principle’ generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies. Although nothing in the present argument will turn on the distinction, I should state how I draw it. I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. Thus the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong a principle.” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22, destaquei)

Se, no positivismo jurídico, era mais simples aplicar, ou não, determinada norma, considerando um raciocínio matemático – presentes as condições previstas no comando normativo, a norma tinha sua incidência ao caso concreto (ou, não presentes, a norma não vinha aplicada concretamente) –; no pós-positivismo, a operação intelectual mostra-se mais complexa. E a razão é evidente: porque a análise dos princípios implica, necessariamente, examinar, também, a carga valorativa (aberta e indefinida) de seu conteúdo.

Oportuna a distinção entre as regras e princípios.¹⁷ Vejamos.

Virgílio Afonso da Silva, seguidor de Robert Alexy, destaca o que segue:

O princípio traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem de-

17 A explicação dada por Alexy na distinção entre princípios e regras não é, claro, unanimidade. José Afonso da Silva discorda da colocação dos princípios no mesmo nível de regras, como espécies de normas. Para o jurista: “O termo *princípio*, no plano ontológico, se refere a algo só captável intuitivamente, qual seja, aquela idéia-germe e idéia-força das instituições jurídicas, *idéia-geratriz* das regras jurídicas que formam determinada instituição jurídica. Idéia que só se revela, concretamente, depois da formação da respectiva instituição jurídica (plano da linguagem), razão por que, não raro, se pensa que ela não é precedente, mas conseqüente, ou seja, que não é dessa idéia que vêm as regras institucionais, mas destas é que se induz aquela. Há aqui uma inversão de planos. O plano da linguagem pode até explicitar o ser dos princípios que está no plano ontológico. A experiência jurídica, no entanto, prova que a idéia da instituição é precedente. (...) Como os princípios fundamentam a existência das regras, é fácil de concluir que sua natureza é a mesma das regras, por isso, aos três tipos de regras, correspondem três tipos de princípios, ou seja: a) *princípios constitucionais ônticos*, começo, fontes e fundamentos das regras ônticas; b) *princípios constitucionais de procedimento*, começo, fontes e fundamentos das regras técnicas de procedimento; c) *princípios constitucionais deônticos*, começo, fonte e fundamentos das regras deônticas. Nessa teoria, a distinção entre princípios e regras não aquele cavalo de batalha da teoria de Alexy, porque a distinção sai tranqüila da relação entre o fundamento e o ser fundamentado.” (SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011)

veres) definitivos ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. (...)

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.¹⁸

Exatamente porque os princípios são observados na medida do possível (e não no todo ou nada, como normalmente sucede com as regras), Alexy¹⁹ denomina-os de mandamentos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato

18 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

19 Esclarecedor sobre a complexidade do tema saber que Alexy não é tido de forma unânime como pós-positivista, a despeito de sua teoria sobre princípios: “Perante o paradigma pós-positivista do direito, não se pode mais confundir texto normativo com norma. Assim, o texto normativo é o programa da norma, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo. Daí, ser positivista todo o conceito semântico de norma tal qual o oferecido por Robert Alexy, em que a norma é identificada em abstrato subdividindo-se em regras e princípios. No pós-positivismo, a norma é fruto de conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista. Diante da hermenêutica filosófica, a interpretação e a ciência são algo mais que a utilização de um método seguro e pré-definido, do mesmo modo que a aplicação do direito é sempre algo mais que a simples subsunção de um enunciado legislativo ao caso concreto.” (NERY JUNIOR, Nelson; Abboud, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, ano 14, v. 53, 2013, p. 18)

de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre as regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.²⁰

Não se verifica, entretanto, apenas uma teoria dominante. O debate é atual e está vivo. Observe-se crítica de Habermas, destacada por Marcelo Neves:

Habermas parte de que os princípios como “normas mais elevadas, à luz das quais outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico”. Com base nessa premissa, ele critica o modelo dos princípios como mandamento de otimização, porque ele seria antes adequado a um modelo de ponderação de valores. Estes, como preferências compartilhadas intersubjetivamente, são suscetíveis de sopesamento orientado para fins, implicando tensões e concorrências por primazia. Princípios como normas seriam válidos ou inválidos, não comportando “ponderações” e contradições entre si, antes devendo pertencer a uma conexão coerente de sentido, ou seja, a um “sistema”. Eles não determinam o que é preferido ou que é bom para nós (ou para mim), como os valores, mas sim o que é devido para toda e qualquer pessoa.²¹

Por sua vez, Humberto Ávila, sem se prender ao modelo fixo de princípios *versus* regras de Alexy, chamou atenção para questão de todo importante: a força (normativa) dos princípios. E como pode ser perigoso pensar que todo e qualquer princípio pode vir a ser afastado por ponderação.

Ávila enfatiza o que segue:

Aqui o ponto essencial: as normas – quer princípios, quer regras – estatuem prescrições gerais e, como tais, devem ser interpretadas, não podendo o aplicador relativizar esse aspecto *constritor* e *heterolimitador*. O simples fato de a aplicação de qualquer norma – seja um princípio, seja uma regra – depender de conexões valorativas entremostradas no ordenamento jurídico e requerer um processo discursivo e argumentativo de avaliação de razões e contrarrazões para a determinação do seu conteúdo não quer dizer que o intérprete possa desprezar o modo como a Constituição escolheu normatizar a conduta humana – se por meio da estatuição de regra ou de um princípio. Assim, quando estatuí regras ou determinados princípios, como aqueles que preveem condições estruturais do exercício do poder ou parâmetros permanentes de aplicação, não cabe ao intérprete relativizar esses comandos em nome da ponderação (no sentido estrito de afastabilidade mediante priorização concreta), como se os princípios fossem normas descartáveis e, por isso, desprovidas de normatividade. Cabe-lhe, em vez disso, coerentemente respeitar a normatividade escolhida pela Constituição.²²

Pois bem, ainda que seja extremamente difícil haver unanimidade, soa razoável defender que o grande legado deixado por Dworkin tenha sido a vinculação dos princípios com moral. Não se trata de defender, como alerta

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

21 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 73.

22 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 141.

Marcelo Neves, o retorno ao *jusnaturalismo*. No entanto, urge demarcar uma visão clara no sentido de que os princípios – e, aí, com apoio na visão já destacada de José Afonso da Silva (ver nota 17) – expressam conteúdo axiológico, até então, renegado pelo positivismo jurídico.

Ou seja, não se refuta a classificação de Alexy no que diz respeito à forma de entendimento e aplicação de regras e princípios. Mas é certa a dificuldade de concordar com a cisão que o jurista faz tão fortemente entre regras e princípios.

Se a classificação, adotada e defendida por Alexy, tem a vantagem de traduzir a maneira mais comum de aplicação de regras e princípios, pode-se concluir que – porque o princípio revela enorme carga axiológica²³ – tal valor, da mesma forma, deverá compor as regras. Fácil de ver que a evolução dos princípios²⁴ significa aumento da subjetividade do

jugador,²⁵ atraindo críticas e temor de abusos. Mesmo assim, solução para tal risco compõe o sistema: é a fundamentação das decisões judiciais.²⁶

tidas por imprescindíveis a uma Constituição, vale dizer, aquelas fundamentais à sua estruturação. Destarte, a idéia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber: a) as que identificam a forma e a estrutura do Estado (p. ex., federalismo, princípio republicano, etc.); b) o sistema de governo; c) a divisão e o funcionamento dos poderes; d) os princípios fundamentais; e) os direitos fundamentais; f) a ordem econômica; g) a ordem social.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 93-94)

25 O que traz ao debate o “ativismo judicial”. No Brasil, o fenômeno mostra-se forte mais recentemente, a partir da Constituição Federal de 1988, e é verificado em todos os juízes e Tribunais (não apenas no STF): “Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete. No entanto, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever. Não se fala aqui em ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última. Interpretar limitado pela *mens legis* (sentido da lei) e pela *mens legislatoris* (vontade do legislador) não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto. A norma jurídica conterá, inevitavelmente, um espaço jurídico ‘vazio’ a ser preenchido pelo intérprete/aplicador, isto é, uma situação real que demanda a aplicação da norma, mas esta não prescreve o modo como isto se dará. Mesmo para Kelsen, o mais notório expoente do positivismo jurídico do século XX, a norma jurídica representava uma moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois continha diversos espaços em branco. Falamos aqui em ativismo judicial como atuação contra as omissões dos demais Poderes.” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 17 out. 2014, p. 48-49)

26 “Habermas admite que a positivação implica a diferença entre direito e moral, assim, como a fundamentação dire-

23 Ainda que, ao final, repita a distinção de Alexy, soa interessante a relação, lembrada por Pardo: “A teoria dos princípios torna possível relacionar os direitos fundamentais com os valores. Os direitos constitucionalmente garantidos à pessoa humana têm como base ou aspecto comum o objetivo de resguardar os valores *dignidade, liberdade e igualdade*. Os direitos fundamentais são a tradução normativa desses valores. Nesse sentido, o termo *valores* não quer fazer referência a elementos imutáveis de uma hipotética natureza humana universal. Pelo contrário: se os direitos fundamentais são informados pelos valores da *dignidade, liberdade e igualdade*, constituem eles, conforme ensinamento de Rudolf Smend, um sistema de valores concretos, ‘um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição.’” (PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 106)

24 Mas não apenas os princípios. De ver, a propósito do aumento da subjetividade do julgador (consoante os termos do texto constitucional originário), a previsão da Constituição de 1988 acerca de preceitos fundamentais (ao dispor sobre nova espécie de ação direta, a arguição de descumprimento de preceito fundamental): “Num raciocínio por exclusão, parece incontroverso que não se pode entender por preceito fundamental todo e qualquer dispositivo da Constituição. Fosse esse o espírito do art. 102, § 1º, da Constituição Federal, certamente faria referência expressa a esta, deixando de empregar a expressão em análise. Também não nos parece adequada uma interpretação reducionista, restringindo o conteúdo semântico de tal expressão aos princípios fundamentais, como, aliás, chegamos a entender no passado. O que entender, então, por preceito fundamental? O vocábulo fundamental dá a ideia de base, de alicerce ou, em suma, de fundamento. (...) São normas materialmente constitucionais aquelas

3. Ponderação.

A maneira de interpretar e atribuir o sentido, com base em discussões concretas, a princípios, é normalmente chamada de ponderação. A aplicação de princípios não é isenta de críticas.²⁷ E a maior crítica é contra o exagero do subjetivismo, deixando a cargo dos juízes respectiva aplicação (e delimitação).

ta das normas jurídicas em princípios jurídicos. Não obstante, ele relaciona o princípio da posituação ao princípio da fundamentação. O direito precisa ser justificado, nessa perspectiva, no âmbito de uma moral pós-convencional ou universalista. No âmbito da tensão entre 'faticidade' e 'validade', a instrumentalidade política do direito tem como contraponto a sua indisponibilidade moral. Superado o seu 'fundamento sacro', o direito precisa ser legitimado por procedimentos racionais, moralmente justificáveis. Esse modelo pode ser concebido como um modelo de fundamentação." (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 114)

27 "Embora seja menos forte no Brasil, há no exterior, especialmente na Alemanha, uma forte vertente crítica contra uma suposta hipertrofia do sopesamento, uma hipertrofia dos princípios. Segundo essa vertente, os direitos fundamentais, compreendidos como princípios, valeriam para qualquer coisa e não teriam nenhum conteúdo determinado. Essa linha de argumentação critica tanto um recurso exagerado aos princípios, quanto um recurso exagerado à ponderação ou ao sopesamento como forma de aplicação do direito. E o principal traço comum entre essas críticas é a referência a uma suposta *subjetividade* e a uma suposta *irracionalidade* do sopesamento. Na Alemanha, três são os principais autores dessa vertente crítica, que foram depois seguidos por vários outros, seus discípulos ou não. O primeiro deles é Friedrich Müller, que afirma que o sopesamento nada mais seria do que a expressão das pré-compreensões mal explicadas daquele que decide e de suas ligações afetivas com o caso concreto; segundo ele, ponderar seria mais sugestão do que decisão. E Müller utiliza palavras muito semelhantes às usadas por Carlos Ari Sundfeld: o sopesamento seria a expressão de uma certa preguiça em face do trabalho interpretativo. (...) O terceiro autor, também nessa mesma linha crítica, é Jürgen Habermas, que afirma que o sopesamento, além de irracional, implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam o seu caráter vinculante. Segundo ele, os direitos fundamentais perderiam o seu caráter deontológico e passariam a ter um caráter sobretudo axiológico e teleológico. As normas deixariam de veicular o que deve ser, e passariam a ser uma material para se decidir o que é bom ou o que é ruim." (SILVA, Virgílio Afonso da. *Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Sarai-va, 2011, p. 363-380)

A observação não é nova. E sempre se repete em face do Judiciário,²⁸ em casos que causam comoção,²⁹ atribuindo aos juízes – to-

28 Nem exclusividade brasileira. Muito pelo contrário: faz parte de debate nos Estados democráticos. Observe-se anotação de Cappelletti: "As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçam por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos. Não é este o lugar para o exame das várias tentativas realizadas e que continuam a se realizar em tal sentido: da descentralização legislativa à participação popular nos procedimentos decisórios da administração. Basta notar que, também para o judiciário, tais desenvolvimentos comportaram consequências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o 'terceiro poder' não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A *justiça constitucional*, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no estado moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. (...) Na verdade, talvez com a só exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher umas das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodontico e o leviatanesco administrador." (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 46)

29 Por exemplo: na discussão sobre união homoafetiva, travada no STF, na qual a Corte decidiu à unanimidade seu reconhecimento, conforme a Constituição Federal de 1988 (STF, ADI 4277/DF, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011, julgamento destacado adiante); julgamento sobre aborto do feto anencéfalo (STF, ADPF 54/DF, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, DJe 29/04/2013), enfrentando adequação/interpretação do Código Penal em relação à Constituição de 1988; recepção da Lei de Imprensa, nº 5.250/1967, pela Constituição de 1988 (STF, ADPF 130/DF, Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, j. 30/04/2009, DJe 05/11/2009), com procedência, ao final, declarando-se a não recepção; recepção do artigo 636 da CLT, exigência de depósito prévio do valor correspondente à multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo (STF, ADPF 156/DF, Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 18/08/2011, DJe 27/10/2011), com declaração da não recepção; recepção da Lei de Anistia, nº 6.683/1979, confirmada pela rejeição da ADPF 153/DF (STF, Pleno, Relator Ministro Eros Grau, j. 29/04/2010, DJe 05/08/2010), o que, contudo, colide com decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund *versus* Brasil – Guerrilha do Araguaia (exemplificando como a última palavra da Corte

dos, mas, claro, especialmente, aos Ministros do STF, cujas decisões tem mais comumente repercussão nacional – interferência indevida sobre outros Poderes. A verdade é que o juiz (que se espera diante da derrocada do positivismo jurídico) deve ser sensível a toda complexidade de direitos após Segunda Guerra Mundial.³⁰

Questão polêmica na doutrina diz respeito à aplicação da ponderação às regras (conforme modelo de Alexy). O próprio Alexy é resistente ao tema.³¹ Mas inegável que as normas jurídicas não são identificadas: de plano, não trazem uma etiqueta distintiva



Constitucional nacional pode não bastar para apaziguar a discussão); julgamento sobre direito de greve de servidores públicos (STF, MI 712/PA, Pleno, Relator Ministro Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008, e, ainda, STF, MI 708/DF, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008).

30 “Neste sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). Como observou Freeman (...) ‘por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa’. Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar ainda mais uma atuação menos circunstancial do juiz constitucional (e que, posteriormente, vai se expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais). Em síntese, percebe-se que a ampliação do espaço ‘tradicional’ do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados, e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-66)

31 Embora: “Parece-me que, de alguma maneira, ao admitir regras incompletas, dependentes de ponderação, Alexy admite implicitamente que, neste particular, a diferença entre princípios e regras é, antes gradual, embora não seja essa a sua intenção.” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 81)

entre regras e princípios.³² Existe confusão³³ e, até alcançar-se a regra final – incidente num caso concreto –, pode ser necessária uma operação de ponderação.

Quanto à ponderação de princípios, após analisar os principais críticos, Neves conclui:

32 “Princípios e regras desempenham esse papel no plano da argumentação jurídica. Esquemáticamente, algo se apresenta como princípio ou como regra. Os princípios são normas no pleno reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, enquanto razões imediatas para as normas de decisão, são condições da aplicação dos princípios à solução dos casos. Na cadeia argumentativa, uma norma afirma-se tipicamente como princípio ou como regra. De antemão, não se pode definir qual padrão constitui um princípio ou como uma regra. Vai depender do modo mediante o qual a norma será incorporada do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo.” (*Ibidem*, p. 103)

33 “Embora *prima facie* a norma possa ser concebida como uma regra imediatamente aplicável (que determina o direito de publicar sem censura o artigo, no caso da liberdade de expressão), ela pode transmutar-se em princípio no decorrer do processo de concretização, desde que haja recurso a princípios colidentes, exigindo uma regra de solução da colisão para que se decida o caso. Nesse sentido, também nos chamados ‘princípios-regra’, trata-se de híbridos normativos no âmbito da diferença típico-ideal entre princípios e regras constitucionais.” (*Ibidem*, p. 106)

No sistema jurídico, muito embora seja fundamental a binariedade no plano do código “lícito/ilícito”, há uma pluralidade de critérios e programas que comportam tensões e conflito entre si. Embora o direito esteja orientado para determinar, em última instância, se algo é lícito (conforme ao direito) ou ilícito (não conforme ao direito), antes que se chegue a uma resposta sobre essa questão desenvolve-se, em cada caso (exceto na mera observância cotidiana e na pura aplicação rotineira), uma cadeia ou rede complexa de argumentos que se articulam com base nos mais diversos critérios invocados para a solução da controvérsia jurídica. Nesse processo argumentativo, o cotejo entre critérios que se apresentam como apropriados para a tomada de decisão é recorrente, implicando inclusive a ponderação entre normas usualmente colidentes. Portanto, a binariedade do direito está associada a uma postura seletiva em relação aos diversos critérios normativos invocados para a solução de um caso, comportando o sopesamento de princípios, que, porém, não se destina nem é apropriado a levar à otimização destes.³⁴

Neves, admitindo “aparente confusão” – apenas aparentemente, pois se trata, em verdade, de interação – entre regras e princípios, anota dificuldade na distinção estática entre eles, comportamento (aplicação) duvidoso entre tais normas (às vezes, regras; às vezes, princípios), o que promove uma vinculação bastante interessante entre regras e princípios: uma verdadeira relação de circularidade.³⁵ Então, se existe clara e in-

discutível interação entre regras e princípios, como querer afastar a ponderação das regras? Ora, à medida que, para solucionar um caso concreto, deve-se partir de princípio, mas, também, mirar uma regra (buscando uma solução concreta), tal ida-vinda entre regras e princípios pode implicar uma ponderação entre valores eventualmente colidentes. E tal operação pode significar que, de forma a alcançar uma regra adequada (e, então, promover a subsunção), faz-se necessário, às vezes, passar por ponderação de princípios relacionados. Por conseguinte, de uma nítida ponderação de regras.

4. Afastamento da subsunção.

No estágio atual do nosso direito – em especial, frise-se, após a Constituição de 1988 –, com destaque dos princípios (e seu caráter normativo), vê-se possível, inclusive, deixar de fazer incidir determinado comando normativo, mesmo presentes todas as condições formalmente previstas para tanto. E tal conclusão não deverá causar espécie.

Observe-se exemplo singelo, mas de clareza ilustrativa. O dispositivo constante do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 – “§ 2º. O tempo de serviço do segurado trabalhador

Constituição e lei ou entre Constituição e decisão judicial em matéria constitucional na dinâmica jurídica). Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação do seu conteúdo. Em suma, pode-se dizer, com o devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais. Ou seja, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrindo a inconsistência do sistema jurídico. A inflação de argumentos principialistas implica perda de importância dos princípios constitucionais como critério de solução de casos. A relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentação).” (*Ibidem*, p. 134)

34 *Ibidem*, p. 88.

35 “Nessa perspectiva, apresenta-se a questão da circularidade entre princípios e regras no processo de concretização constitucional. Não há uma relação linear entre estruturas ou processos reflexivos e estruturas e processos ‘reflexionados’. A reflexividade em geral implica uma relação circular. Tome-se, novamente, a moeda como exemplo: O que vale a moeda sem os bens ou sem poder de comprá-los? E o que valem os bens, em uma sociedade complexa, sem valor monetário? Essa implicação recíproca encontra-se analogamente na relação entre princípios e regras constitucionais no plano da estática jurídica (assim como entre

rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.” –, certamente, não se mostra, em abstrato, inconstitucional. Da mesma forma, tal regra vem confirmada pelos Tribunais, sem aparente exceção. A título de exemplo:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. LABOR RURAL SEM REGISTRO EM CTPS. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO ANTERIOR AO PRIMEIRO DOCUMENTO ATESTANDO A QUALIFICAÇÃO DE LAVRADOR. PROVA TESTEMUNHAL. PRECEDENTES DO E. STJ. RECURSO IMPROVIDO.

I - Quanto ao período anterior ao início de vigência da Lei nº 8.213/91, conta-se o tempo de serviço do trabalhador rural sem registro em CTPS, independentemente do recolhimento das contribuições, mas não para efeito de carência.

II - O termo inicial do período rural a ser reconhecido deverá ser fixado conforme a data constante do documento contemporâneo mais antigo que configurar início razoável de prova material, salvo se a prova oral autorizar reconhecimento de período anterior, conforme entendimento fixado pelo E. Superior Tribunal de Justiça recentemente, em sede de recurso repetitivo (Recurso Especial nº 1.348.633-SP, de relatoria do Exmo. Ministro Arnaldo Esteves de Lima).

VI - Verifica-se que o interregno controverso corresponde ao labor rural que a parte autora teria exercido entre 09/1965 a 05/1969.

VII - Ressalte-se que, embora o primeiro documento que qualifique a parte autora como lavradora date de 04/05/1969 (carteira do sindicato dos trabalhadores rurais, fl. 24), a prova testemunhal, consistente na declaração acostada na fl. 11, bem como nos depoimentos das fls. 81/83, autoriza o reconhecimento do labor rural por todo o período pleiteado.

Precedentes do C. STJ (Recurso Especial nº 1.348.130-SP e Recurso Especial nº 1.348.382) e desta E. Corte Regional (EDecl em AR nº 2008.03.00.038420-0, DJ: 12/12/2013).

VII - Sendo assim, a somatória de todos os períodos mencionados, compreendendo o executado na área rural (25/09/1965 a 31/12/1980) e os registros em carteira em atividades urbanas, perfaz o mínimo de 35 (trinta e cinco anos) necessários à concessão da aposentadoria por tempo de serviço, nos termos da Lei nº 8.213/91.

IX - Embargos infringentes a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, Terceira Seção, Embargos Infringentes 0002356-17.2003.4.03.9999/SP, Relator para o Acórdão Desembargador Federal Walter do Amaral, j. 23/01/2014, e-DJF3 05/02/2014)

Todavia, diante de trabalhador que tenha cumprido trabalho urbano em tempo insuficiente para aposentar-se mesmo no menor valor possível (salário mínimo), mas, também, tenha exercido anteriormente trabalho rural (cuja soma de períodos de tempo ultrapassaria a carência para aquele segurado), tal regra seria aplicável?

Registre-se que a narração apresentada não encontra eco em qualquer exceção da norma referida: que, efetivamente, não permite a possibilidade de aproveitamento de tempo rural para fins de carência.

Então, levado a ferro e fogo, a interpretação do parágrafo 2º acima acarretaria em verdadeira ofensa à Constituição Federal (art. 194, parágrafo único, II).³⁶ Parece defensável que a vedação de tempo de serviço para fins de carência não possa extrapolar os benefícios próprios para segurados rurais, ou seja,

36 “Art. 194. (...) Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais”.

aqueles limitados no valor mínimo (salário mínimo).

Dessa maneira, mesmo se aplicando idade para urbano (e regra de transição geral para contagem da carência), acaso não admitido o uso de tempo urbano somado ao rural, em comparação com outros segurados que tivessem continuado na atividade rural, chegar-se-ia a uma situação de difícil explicação: num caso de segurado rural, mesmo sem contribuições após 1991, mas apenas comprovando – ainda que de forma descontínua atividade rural (permitido até 31 de dezembro de 2010, nos termos da Lei nº 11.718/2008) – restaria possível (inclusive, com cinco anos antes do segurado urbano) sua aposentação por idade; em contrapartida, o segurado rural que tivesse passado a urbano, após alcançar a idade de aposentadoria para urbano, não teria como conseguir sequer benefício mínimo (como o rural teria), mesmo tendo, durante período urbano, recolhido para o INSS.

Pois bem: qual o sentido de proibição com tal força, prejudicando àquele que efetivamente tivesse contribuído à Previdência?

Por isso mesmo, chegando-se ao extremo do exemplo – eloquente, como se percebe –, poder-se-ia dizer que a regra do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na sua literalidade, provocaria efeitos contrários à Constituição Federal. Mas qual seria a norma constitucional relacionada?

De plano, ao menos, uma norma de princípio da Previdência, constante do artigo 201, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de *caráter contributivo* e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) (destaquei)

Ou seja, tendo havido contribuição efetiva pelo segurado, a regra do artigo 55 acima,

a despeito de perfeitamente constitucional, não poderia ser aplicada, concretamente. Não sucederia, portanto, sua subsunção ao caso concreto, tendo em vista a força do princípio relacionado.

Poder-se-ia cogitar, ainda, de, em virtude da ida-vinda entre regra e princípio, criar-se judicialmente uma regra concreta, suficiente e adequada para responder a uma lide (não perfeitamente prevista na literalidade da regra). O exemplo ilustra uma lide que somente foi decidida satisfatoriamente em função da interação entre regra e princípio.

5. Julgamentos rumorosos: forte subjetividade.

Nesta era de princípios, os valores maiores constantes das normas constitucionais – não só podem – deverão ser utilizados para apaziguar a complexa sociedade que se apresenta. A despeito de tal atuação do Judiciário, algumas vezes, repercutir críticas negativas, especialmente, de usurpação de competência de outros Poderes.

Observemos dois casos que causaram – e causam – repercussão.

União homoafetiva

A propósito da evidente subjetividade para decidir com base em princípios, observe-se, no exemplo, que tal espaço “aberto” ao julgador sucede desde a questão preliminar sobre qual ação direta de controle de constitucionalidade seria apropriada ao caso. Examine-se parte da ementa respectiva:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABS-

TRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. *Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (...) 6. (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.*

(STF, ADPF 132/RJ, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011, destaquei)

A solução esposada no precedente afastou o uso da ADPF, fazendo valer “interpretação conforme” do artigo 1.723 do Código Civil. O julgamento, no seu resultado, soa mesmo o mais correto: afinal, pouco crível impor restrição de ordem tão relevante à vida – ou seja, impossibilidade de exercício de união estável como entidade familiar – tão somente pela sexualidade das pessoas envolvidas. Tanto por isso, o julgamento foi decidido à unanimidade.

Ocorre que a solução preliminar sobre afastamento do uso da ADPF sinaliza a dificuldade de entendimento sobre “descumprimento de preceito fundamental”. É que a conclusão, alcançada pelo Tribunal, no sentido de focar a letra do artigo 1.723 do Código Civil, traz a dificuldade natural da observação de que a regra do Código Civil – “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (destaquei) – apenas repete a norma constitucional aplicável: “Para efeito

da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º, CF, destaquei)

Então, poder-se-ia questionar: se a Lei apenas repete a Constituição Federal, de que adiantaria promover “interpretação conforme” do Código Civil?

No ponto, talvez melhor solução tivesse sido o uso ADPF ao caso, no sentido de observar a extensão possível de “descumprimento de preceito fundamental”, fazendo valer um sentido bem amplo de “preceito”.³⁷ Podendo-se imaginar cabimento de um conceito mais alargado – subjetivo, é verdade –, conforme escolha do próprio constituinte originário.

Poder-se-ia, seguindo tal linha de pensamento, imaginar que a discussão posta no controle concentrado parte de novo conceito de família – além da união entre homem e mulher –, mas cuja negação – inexistente no texto constitucional originário, registre-se – implicaria desrespeito à dignidade da pessoa humana, em sua manifestação de exercício pleno de sexualidade e relação amorosa. E, na construção feita, a ADPF encaixar-se-ia à perfeição.

Ainda, da análise dos votos dos Ministros, vê-se, de um modo geral, uso bastante alargado do princípio da dignidade no caso concreto. Chama atenção seu uso neste julgamento, demonstrando às claras que sua



³⁷ Ver nota 24.

aplicação é especialmente cara no caso de discussões de direitos de minorais (quaisquer, sendo, no caso, à evidência, minorias por orientação sexual).

Também, dos votos, chama a atenção que o princípio da dignidade humana foi aplicado conjuntamente, em especial, com o princípio da igualdade, fazendo realce à proibição de quaisquer formas de discriminação. Ou seja, no caso em foco, porque existe direito ao reconhecimento de união estável (instituto familiar) de casais heterossexuais, seria um equívoco deixar de promover o mesmo reconhecimento a casais de mesmo sexo. No ponto, existe um elemento facilitador: se existe o direito reconhecido a parte da sociedade, sua eventual recusa a outra parcela da sociedade (mesmo minoritária) seria motivo de inconstitucionalidade (por negativa de igualdade). E, em reforço, pela dignidade da pessoa humana, tal suposta recusa equivaleria dizer que um casal homoafetivo – pelo simples motivo de sua orientação sexual – tem negado seu direito a formar uma família.

Por fim, salienta-se o uso do princípio da dignidade da pessoa humana, elaborado pelo Ministro Celso de Mello, que, a partir dele, retirou outro: o da felicidade.

Da unanimidade dos Ministros, foi acolhida a ação direta, aplicando-se o princípio da dignidade, de forma a reconhecer juridicamente a união homoafetiva, tendo havido cisão apenas no fundamento: ou como espécie prevista no artigo 226 da Constituição Federal, ou, então, como outra forma de família (simplesmente não prevista constitucionalmente), mas, de qualquer maneira, merecendo tratamento adequado (ou seja, em conformidade com a dignidade da pessoa humana) pelo Estado.

Tratamento cirúrgico ao transexual

O precedente abaixo é bastante interessante: diz respeito à determinação judicial de inclusão em lista de cirurgias, promovidas pelo SUS, da alteração de sexo, adequando o

corpo físico à personalidade. A curiosidade que observo é a atuação forte e corajosa do Judiciário em assunto típico de política pública (a cargo, segundo opinião conservadora, apenas dos demais Poderes).

Veja-se o conteúdo de parte de sua ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

(...)

4 - O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos).

5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições

indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis.

6 - A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos.

7 - *A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso.*
 (...)

10 - A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde.
 (...)

14 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Européia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal.
 (...)

(TRF da 4ª Região, Terceira Turma, Apelação Cível 2001.71.00.026279-9/RS, Relator Juiz Federal Roger Raupp Rios, j. 14/08/2007, DE 23/08/2007, destaqui)

Executivo de posicionamento constitucionalmente forte, mas, até então – em função da fragilidade do Legislativo? – não reconhecido pelo poder legiferante ordinário. Noutras palavras, e como ocorreu concretamente, o Executivo deixou de levar às últimas consequências eventual discordância sobre o julgado (que, efetivamente, não chegou ao STF por meio de recurso extraordinário), fazendo valer – então, como evidente política pública – a determinação jurisdicional.

Em que pese crítica em face do Judiciário, em julgamentos de temas tão sensíveis sobre direitos fundamentais, muitas vezes, verifica-se tão somente resistência efetiva do Legislativo. E concordância – tácita – do Executivo. Então, pode-se imaginar que o Executivo faz uso de decisões do Judiciário de maneira a – ele próprio – não ter que carregar o fardo de ter tomado alguma decisão impopular?³⁸

6. Considerações finais.

Da evolução da sociedade, separada por castas – em função de tantas variáveis, como cidadania romana (*versus* estrangeiros); realeza (*versus* plebeus); religião (*versus* pagãos ou hereges) –, emergiu o fortalecimento do ser humano pela sua simples existência. Para tanto, viu-se à claras uso amplo dos princípios, dos direitos fundamentais, impondo dever de o Estado garanti-los.

O reconhecimento em vários escritos históricos acerca da dignidade humana demarca bem no tempo a necessidade de evolução da sociedade, mirando o respeito absoluto ao homem. E tal respeito mostra conteúdo próprio do que se busca pelo direito e justiça (muito embora se reconheça grande dificuldade para seu alcance).

Tal contexto confirma que o papel do Judiciário engrandeceu-se a partir da teoria

Cabe registrar que o julgamento em destaque é mais um exemplo de adoção pelo

³⁸ Impopular, entendida contra interesses ou crenças de maioria, em detrimento de direitos fundamentais de minorias.

dos direitos fundamentais e estágio de pós-positivismo que nos encontramos. Com a cautela de afastar a hipertrofia gratuita dos direitos fundamentais, parece que o Judiciário flerta com decisões que beiram questões políticas, provocando evidente semelhança entre decisões judiciais e decisões políticas, que, afinal, são determinantes para escolhas e promoção de políticas públicas.

Mesmo assim, tomado com cuidado de evitar exageros (se for possível), o novo papel do Judiciário mostra-se bem afinado com o juiz atento a tantos direitos postos em destaque nas cartas constitucionais contemporâneas. Direitos que não podem se prender por questões de maioria (mesmo democrática), pelo singelo motivo de que, se aguardassem atuação do Legislativo ordinário, poderiam estar submetidos à conduta autoritária de um Estado (o que passado bem recente já demonstrou os riscos à humanidade).

Em conclusão final, por mais difícil que seja a adoção de carga axiológica no direito, o conteúdo ético, presente, especialmente, nos princípios/preceitos fundamentais, é evidente. Tal constatação, a despeito de tornar mais difícil a missão do julgador (cada vez menos objetiva), serve para explicar e justificar que não é a objetividade do positivismo a verdadeira garantia de um direito “justo”, mas, sim, o dever de dispor clara e suficientemente a fundamentação pelo julgador.

Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

_____. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

NERY JUNIOR, Nelson; Abboud, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, ano 14, v. 53, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERRY, Michael J. *Morality, politics and law*. New York: Oxford University Press, 1990.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, working paper n. 77, mar. 2007. Disponível em: <http://

ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 17 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 363-380.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 17 out. 2014.

O princípio da proteção especial da família: uma vertente da extrafiscalidade no Direito Tributário



Samuel de Castro Barbosa Melo

Juiz Federal Substituto no TRF da 3ª Região. Ex-Promotor de Justiça do MP/MG. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Fundamentação teórica. 2.1. A constitucionalização do conceito de família. 2.2. O princípio da proteção especial da família. 2.3. O sistema constitucional tributário, a tributação e os direitos fundamentais. 2.4. A proteção especial da família como limitação constitucional ao poder de tributar. 2.5. A extrafiscalidade e o princípio da proteção especial da família. 2.6. A correlação entre os princípios da igualdade e da proteção especial da família e as limitações ao poder de tributar. 2.7. Questões relevantes do imposto sobre a renda e a proteção da família. 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais.

O presente artigo tem por objeto realizar uma pesquisa teórica, consistente numa metodologia de caráter inventariante e descritiva da produção doutrinária acerca da aplicabilidade do princípio da proteção especial da família no âmbito do Direito Tributário.

Inicialmente, far-se-á uma análise do processo de constitucionalização e formação de um novo conceito de família, bem como da influência das teorias dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, e dos sistemas, de Niklas Luhmann, no Direito Tributário,

especialmente em relação às normas constitucionais que disciplinam o sistema tributário nacional.

O estudo das decisões do Tribunal Constitucional Alemão realizado pelo jurista Humberto Ávila, que correlaciona os princípios da garantia digna da pessoa humana e da proteção especial das famílias, servirá de importante baliza em face das limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado.

Os princípios da capacidade contributiva e da igualdade também serão tratados neste artigo, sob o enfoque de suas dimensões objetiva e subjetiva, tendo por fim precípuo a proteção dos membros da família contra con-

dutas excessivas e desarrazoadas praticadas pelo Estado no exercício de sua atividade de tributação.

A extrafiscalidade da tributação, qualificada como norma indutora de comportamentos, será desenvolvida à luz do princípio da proteção especial da família como instrumento de estímulo à constituição, desenvolvimento e manutenção das diversas modalidades de famílias (casamento, união estável, união homoafetiva, família monoparental e família socioafetiva).

Por fim, a partir de um conceito constitucional de renda, buscar-se-á traçar o campo de intributabilidade do mínimo necessário para a existência digna dos membros da família.

2. Fundamentação teórica.

2.1. A constitucionalização do conceito de família.

Classicamente, as leis civilistas disciplinavam, com exclusividade, o regime jurídico das famílias (casamento, regime de bens entre os cônjuges, relações de parentesco, poder familiar, tutela e curatela, alimentos e proteção dos filhos). Entretanto, por buscar a conformação de interesses superiores aos interesses individuais, a convivência familiar ganhou proteção estatal, inserindo-a dentro de um microsistema jurídico complexo, formado por normas jurídicas publicistas, cogentes, imperativas e de ordem pública, e, ao mesmo tempo, por normas jurídicas de caráter privado.

A constitucionalização do Direito Civil, especialmente dos direitos inerentes à personalidade da pessoa humana – *v.g.*, o direito das famílias –, sob forte influência do atual modelo de Estado Democrático e Social de Direito, deve-se à sobreposição do princípio da dignidade da pessoa humana, que irradia sobre todas as normas constitucionais e in-

fraconstitucionais, bem como sobre as ações estatais e os comportamentos que se desenvolvem nas relações particulares, os quais devem ser interpretados de modo a assegurar a liberdade e autonomia de desenvolvimento do homem e a efetivação dos valores (afeto, solidariedade, justiça) imprescindíveis à garantia do mínimo existencial.

A aproximação do Direito com a Ética (virada kantiana) trouxe a positivação, tanto no âmbito internacional quanto no interno, do princípio da garantia da dignidade humana, o qual deslocou o homem da periferia para o centro do sistema jurídico, conferindo-lhe a titularidade de direitos e liberdades públicas. Houve a inserção de valores éticos e morais no âmbito de proteção das normas constitucionais, diferentemente da Ciência Pura do Direito, defendida por Kelsen.

A repersonalização das relações familiares, ante a dinamicidade das relações interpessoais e a constante busca de consagração dos valores mais caros à pessoa humana (afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito, fraternidade e amor), impôs ao Poder Constituinte e aos Tribunais o reconhecimento da existência de outras entidades familiares, conferindo proteção especial à união estável (art. 226, § 3º, da CF), à família monoparental (art. 226, § 4º, da CF), à união homoafetiva e às famílias socioafetivas.

Sucedeu-se uma modificação do elemento identificador da família, que antes se fundamentava na celebração do casamento, na diferença de sexo dos conviventes e no envolvimento do caráter sexual, e, agora, baseia-se no vínculo afetivo, no dever de respeito mútuo e na proteção da liberdade individual.

A visão pluralista da família, baseada no afeto, permitiu a construção de um novo conceito constitucional que, nos dizeres de João Baptista Villela, caracteriza-se pelo

(...) envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é

a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera a responsabilidade e comprometimentos mútuos.¹

A Constituição Federal de 1988, além de positivar princípios gerais que se aplicam a todas as relações públicas e privadas, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, isonomia (formal e material), proporcionalidade (sob a perspectiva de um devido processo legal substantivo), solidariedade e vedação ao retrocesso social, trouxe princípios especiais, expressos e implícitos, os quais devem nortear todas as questões que envolvam as relações familiares, servindo, inclusive, de parâmetro interpretativo para os poderes constituídos que exercem as competências constitucionais de criação, aplicação e interpretação do direito.

Dentre os princípios constitucionais implícitos, Francisco Amaral elenca os seguintes: i) reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado; ii) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base; iii) competência civil da lei para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; iv) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; v) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio; vi) direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício; vii) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias; viii) proteção da infância, com o



reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância; ix) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos; e x) proteção do idoso.²

Os diversos princípios constitucionais que tutelam a família vinculam o legislador ordinário e o aplicador das normas de cunho civilista, impondo o dever de realizar, na atividade legiferante e interpretativa, uma filtragem constitucional, a fim de que o sentido e alcance destas normas infraconstitucionais sejam compatibilizados conforme os valores protegidos na ordem constitucional.

A despatrimonialização do Direito Civil, que se fazia presente até mesmo no mais pessoal dos ramos deste direito – direito de família –, somente se tornou possível em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, que reestruturou todo o sistema jurídico, incluindo o homem em seu centro.

1 VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (Coord.). *Nova realidade do direito de família*. Rio de Janeiro: COAD, 1999, p. 20.

2 AMARAL, Francisco. Direito constitucional: a eficácia do Código Civil Brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: *Repensando o direito de família*. Anais do I Congresso de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte, Del Rey, 1988, p. 319.

2.2. O princípio da proteção especial da família.

Antes, a figura paterna, na condição de chefe e condutor dos membros da família (esposa e filhos) e de todos aqueles que com eles se relacionavam, era dotada de poderes para apropriar-se dos bens adquiridos pelos seus filhos, bem como puni-los conforme sua íntima convicção (*pater familias*).

Com a evolução do tempo e as consequentes transformações sociais, o chefe da família despiu-se de sua autoridade e passou a compartilhar com a esposa o plexo de poderes-deveres prescritos no ordenamento jurídico, assegurando a liberdade do casal no planejamento familiar.

O movimento de constitucionalização dos direitos civis, aliado ao fenômeno social da repersonalização do direito das famílias, conferiu uma nova interpretação e conformação ao princípio da proteção especial da família. Antes, tal princípio era visto como um simples incentivo e estímulo ao casamento e à procriação, colocando o *pater familia* na condição de autoridade e provedor do núcleo familiar. Atualmente, a partir de uma revisão doutrinária e jurisprudencial, principalmente pela Corte Constitucional da Alemanha, o princípio da proteção especial da família foi reconhecido como norma fundamental, que impõe ao Estado o dever de promover o bem-estar da família, mediante prestações materiais, e, ao mesmo tempo, o dever de abstenção, ou seja, proibição de adotar ações interventoras perturbadoras e prejudiciais ao matrimônio e à família.

Nos dizeres da jurista Misabel Abreu Machado Derzi:

(...) a proteção especial do Estado advém de ações positivas, como também de negações, abstenções e não-interferência. É necessário que, dentro do Direito Civil, do Direito Tributário e Previdenciário, se esquematizem com coerência

as normas de proteção – quer positivas, quer negativas – e, além disso, se respeitem os princípios de liberdade e autonomia individual, a polimorfia social e a intrínseca peculiaridade das uniões de fato, das famílias no casamento e das meias-famílias.³

A proteção do Estado à família é necessária para normatizar a sua organização institucional, sem que isso importe em violação às liberdades públicas e ao direito de os seus membros decidirem sobre o planejamento familiar, e assegurar a efetivação de outros direitos fundamentais, sob pena de eventual abandono ocasionar a apropriação desta entidade por outras formas de poderes, mormente os poderes econômicos e religiosos.

O *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, ao consagrar, expressamente, o princípio da proteção especial da família (“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”), revela a opção do Poder Constituinte em tutelar todas as formas de convivência familiar, proporcionando os recursos materiais necessários para o exercício inerente à existência digna da pessoa humana, à paternidade responsável, ao planejamento familiar e à livre decisão do casal.

Deve-se ter em mente que o princípio da proteção à família não é simplesmente uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações, públicas e privadas, estabelecidas no âmbito familiar, que implica repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, incumbindo-lhe implementar os meios necessários à efetivação integral de outros direitos fundamentais (liberdade, existência digna, solidariedade, fraternidade, saúde, moradia, lazer, cultura, educação).

A proteção especial da família não pode ser reduzida tão somente às relações jurídicas privadas e disciplinadas pelas leis civis, ao

3 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 762.

contrário, por se tratar de direito fundamental e valor estruturante da ordem jurídica interna, deve ser estendida e compatibilizada às relações disciplinadas pelas normas trabalhistas, previdenciárias, consumeristas e tributárias.

A Constituição Federal estabelece as bases fundamentais em que se assenta o Estado Democrático de Direito e os objetivos que orientam a atuação dos poderes constituídos, destacando-se a busca para constituir uma sociedade livre, justa e solidária, o que repercute diretamente no princípio da especial proteção da família, adquirindo contornos de maior justiça social, e, no âmbito do sistema constitucional tributário, de maior justiça fiscal.

2.3. O sistema constitucional tributário, a tributação e os direitos fundamentais.

A tributação é atividade típica estatal que consiste na instituição, mediante lei, de tributo, bem como na arrecadação e fiscalização de seu recolhimento, estas últimas tarefas eminentemente administrativas.⁴

Antes de passar ao exame do sistema constitucional tributário, necessário compreender, à luz da Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o conceito e a função de sistema, o que se revelará indispensável para a compreensão da relação entre a tributação e os direitos fundamentais.

A teoria sistêmica, que surgiu no início dos anos 70 do século passado, após um período marcado por um excessivo positivismo jurídico, consiste em um método de compreensão, interpretação, significação e ressignificação da realidade social, e visa aproximar o conhecimento das ciências sociais (inclusive, da Ciência do Direito) com outras áreas do conhecimento, tais como a Ética, Economia, Comunicação, Biologia.

Para Luhmann, a sociedade é um sistema complexo, que se autorreproduz a partir de seus próprios elementos, e tem a comunicação como um elemento constituinte. O próprio sistema opera como observador, aplicando a si mesmo a diferenciação entre ele e o ambiente, reduzindo a complexidade do mundo de tal maneira que ela possa ser compreendida pelas pessoas.⁵

O sistema social é operativamente fechado, uma vez que a única operação que nele ocorre é a comunicação. Deve-se entender por comunicação o resultado da interação entre o emissor e receptor da mensagem, o que possibilita a troca de informações.

Os sistemas sociais, que são autopoieticos (capacidade de constantemente se autorrecriar e produzir, em seu interior, todos os elementos necessários para a reprodução da comunicação) geram seus próprios elementos através de operações internas denominadas, por Luhmann, de “cláusula operacional”. O sistema autopoietico é um sistema fechado, mas é, ao mesmo tempo, aberto, de forma seletiva, e não excludente em relação ao seu entorno e aos outros sistemas.

São características dos sistemas: funcionalidade, no sentido de que a função é um esquema que regula o sentido, que organiza um âmbito de comparação de efeitos equivalentes; autonomia, o sistema pratica a autorreferência, remetendo-se a si próprio para manter sua autopoiese, e a heterorreferência, que consiste em observar outros sistemas com os quais pode realizar “acoplamentos estruturais”; e interdependência, ou seja, o sistema faz acoplamentos estruturais com seu entorno para se manter adaptado.

4 COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-61.

5 Segundo Niklas Luhmann, em sua obra “Sistemas sociais – lineamientos para una teoria generale”, deve-se entender por “sistema” um todo completo em suas partes e perfeito em sua ordem. GONÇALVES, Guilherme Leite; FILHO, Orlando Villas Bôas. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

Luhmann ensina que o acoplamento estrutural garante a simultaneidade de eventos entre o sistema e o meio, mesmo que não haja sincronismo (ex: relação entre Direito e Economia que ocorre com o contrato e o direito de propriedade). Outras operações realizadas pelos sistemas são a auto-observação e a autodescrição. O sistema se auto-observa na medida em que utiliza esquemas de diferenciação, realizando seleções e diferenciações. Já autodescrição é necessária para que o sistema realize de forma melhorada as suas operações, funções e finalidades.

Com o advento da sociedade moderna, os sistemas começaram a se especializar (v.g., sistema econômico, sistema jurídico, sistema político, sistema psíquico, sistema biotecnológico), entretanto, em relação ao sistema jurídico vige uma particularidade, qual seja, todos os indivíduos estão nele inseridos em decorrência do princípio da igualdade de todos perante a lei.

O sistema jurídico, que também se reproduz por meio da operação de comunicação, tem por função essencial a generalização congruente das expectativas normativas,⁶ operando-se por meio de código binário (lícito – conformidade com a lei ou ilícito – desconformidade com a lei).

O sistema jurídico comunica-se por meio de normas jurídicas, sendo que as normas jurídicas válidas reproduzem outras normas jurídicas válidas, e assim sucessivamente.

A Constituição, que, segundo Canotilho, constitui o estatuto jurídico do fenômeno político em sua totalidade, cuidando do Estado e de toda a sociedade, é o instrumento de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político, sem, contudo,



interferir na autonomia de ambos os sistemas. Daí a importância de o sistema tributário, enquanto conjunto de normas gerais, abstratas e abrangentes reguladoras das relações jurídico-tributárias, voltar-se à Constituição, mormente por tê-la a norma hipotética fundamental, que configura o centro de validade e unidade de todo o sistema jurídico.

O sistema tributário na Constituição de 1988, que se divide em quatro partes (princípios gerais, limitações do poder de tributar, impostos em espécie e repartição das receitas tributárias), enuncia os princípios gerais que o rege e traz um vasto rol de direitos do contribuinte contra a excessiva carga tributária. Trata-se de típico sistema jurídico, no sentido luhmanniano que, por meio de normas jurídicas (normas-regras e normas-princípios), autoriza a instituição de tributos dentro dos parâmetros objetivos previamente fixados (regra-matriz de incidência); estabelece a classificação dos tributos (vinculados ou não a uma atividade estatal); dita o que cada pessoa política pode realizar em matéria tributária, demarcando o respectivo âmbito de atuação; e prescreve os mecanismos de contenção do poder de tributar.

Com efeito, os princípios que norteiam todo o sistema tributário constitucional – nos quais se incluem outros princípios esparsos no texto constitucional, v.g., o princípio da proteção especial da família – funcionam como critérios de interpretação e integração de outras normas jurídicas, conferindo ao ordenamento jurídico estrutura e coesão. Assim, os princípios que se encontram inseridos

⁶ Todo processo de comunicação envolve expectativas, sejam elas de ordem cognitivas ou normativas. A expectativa cognitiva traduz-se na adaptação do indivíduo aos fatos ocorridos. Atribui-se a qualificação de jurídica à expectativa quando é generalizada e dispõe de um mínimo de consenso.

na carta constitucional constituem grandes vertentes que geram os desdobramentos específicos e limitativos do poder de tributar dos entes políticos, haja vista que a tributação, não obstante se trate de poder-dever constitucionalmente assegurado aos entes federativos, atinge, direta e imediatamente, os direitos fundamentais de liberdade e propriedade privada, também tutelados pela Constituição.

Os contornos delineados pela Constituição acerca do poder de tributar das pessoas políticas, que conferem maior rigidez a esse sistema jurídico, associados aos objetivos imanentes do Estado Social e Democrático de Direito (construir uma sociedade livre, justa e solidária; reduzir as desigualdades sociais e regionais; erradicar a pobreza e a marginalização; promover o bem-estar social de todos, independentemente de critérios subjetivos e discriminatórios; e promover o desenvolvimento nacional), fazem da tributação um instrumento para atingir a igualdade e a justiça social.

2.4. A proteção especial da família como limitação constitucional ao poder de tributar.

A Constituição brasileira traz minuciosamente uma seção própria e enumerativa das limitações ao poder de tributar, e estabelece a mais rígida das discriminações de competência tributária entre os entes federativos.

O artigo 150 da Constituição Federal também enuncia uma cláusula aberta – “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte” –, semelhante àquela contida no § 2º do artigo 5º, o que, aliado aos demais princípios expressos e implícitos decorrentes do modelo democrático e social de Estado de Direito, permite a construção de um sistema tributário garantidor do federalismo cooperativo e de direitos fundamentais individuais (segurança jurídica, liberdade, igualdade, universalidade da tributação, propriedade privada, capacidade econômica do contribuinte).

As imunidades (verdadeiras normas de supressão de atribuição do poder de tributar), ao lado dos citados princípios constitucionais explícitos e implícitos, produzem o mesmo efeito, qual seja, a limitação do poder de tributar.⁷

Os direitos fundamentais, dentre eles, os direitos de liberdade e propriedade privada, enquanto algo permanente por força de sua garantia jurídico-constitucional, são passíveis de restrição. Exemplo disso é a tributação que, por meio de instrumentos legislativos, atinge esses direitos fundamentais, com o fim de arrecadar valores a serem destinados à concretização dos objetivos fundamentais da República.

As restrições a direitos fundamentais, pela via da tributação, implicam restrições direta e constitucionalmente autorizadas de uma posição *prima facie* de direito fundamental. As reservas conferem ao legislador – democraticamente legitimado a desempenhar um papel constitucional – poderes constitutivos, ou seja, poder de decisão de restrição autorizada, sendo inadmissível uma restrição a um princípio de direito fundamental que extrapole aquilo que é admissível em face do peso dos princípios colidentes.⁸

A restringibilidade a um direito fundamental não pode afetá-lo em seu conteúdo essencial. A intangibilidade do núcleo essencial de um direito fundamental, segundo magistério

7 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 418 a 421.

8 Segundo a teoria externa, existem, no ordenamento jurídico, o direito em si (não restringido) e o direito restringido, sendo que não há nenhuma relação entre eles, salvo, do ponto de vista externa, que se estabelece uma relação para conciliar os direitos individuais e estes e os coletivos. Se se considerar que as normas fundamentais são posições *prima facie*, então a teoria externa deve ser aplicada. Já para a teoria interna, o direito deve ser tomado em seu conteúdo e limites. Se se considerar que as normas fundamentais são posições definitivas, então a teoria interna pode ser tomada como correta. A posição abstrata definitiva é obtida caso se combinem o suporte fático e a cláusula de restrição (no texto, o autor traz como exemplo o direito do indivíduo a não ter sua liberdade de ação restringida por normas que não façam parte da ordem constitucional).

rio de Robert Alexy, deve ser analisada à luz das teorias subjetiva – a garantia do conteúdo essencial deve ser aferida ante as posições individuais – e objetiva – a validade de uma disposição de direito fundamental não pode ser de tal forma reduzida que se torne insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou ainda para a vida social.

A proteção dos direitos individuais realizava-se mediante a aplicação do princípio da legalidade da administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei. Entretanto, deve-se proteger o núcleo essencial do direito fundamental, evitando-se o esvaziamento do seu conteúdo decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais, bem como vedando-se o tratamento discriminatório ou arbitrário, seja para beneficiar ou prejudicar terceiros.

O âmbito de intributabilidade do princípio da proteção especial da família assenta-se em garantir aos seus titulares a existência digna de vida em comunhão com outras pessoas, fundada nos valores do afeto e da solidariedade, e em efetivar, neste espaço, outros direitos fundamentais (saúde, educação, lazer, liberdade, isonomia). Dessume-se, portanto, que o princípio da proteção especial da família está intimamente ligado a outros princípios de igual *status* constitucional: princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, da convivência familiar e da proteção integral da criança, adolescente e idoso.

A garantia da dignidade da pessoa humana é o direito fundamental do qual decorre o princípio da proteção especial da família. Necessário, portanto, determinar o conteúdo da garantia da pessoa humana, o qual é inviolável, inalienável, e vincula os poderes constituídos, mormente no exercício da tributação pelo Estado.

A dignidade da pessoa humana abrange todas as formas possíveis de desenvolvimento da personalidade humana (autodeterminação). O Estado não pode, por meio da

tributação, atingir a renda do contribuinte-cidadão essencial para criar e desenvolver os pressupostos mínimos de uma existência digna de todos os membros da família. Sob esse aspecto, o princípio incorpora um direito público subjetivo da pessoa que estabelece uma função de proteção e defensiva contra o Estado.

Segundo ensinamento de Humberto Ávila, a garantia da dignidade da pessoa humana assume a feição de princípio enquanto decisão valorativa objetiva com função explicativa, uma vez que “toda e qualquer norma deve ser interpretada de modo a que o resultado da interpretação esteja em consonância ótima com a garantia da dignidade humana”.⁹ Tal princípio impõe ao aplicador e intérprete da norma a busca do sentido e alcance que mais se conformam com a proteção da dignidade humana, assegurando a coerência substancial do sistema jurídico.

Existe uma conexão substancial ou valorativa entre a garantia da dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção especial da família, na medida em que aquela é o centro do sistema jurídico que se irradia em sua totalidade e correlaciona com os outros bens jurídicos igualmente tutelados por outras normas-princípios.

Ensina Klaus Tipke que a garantia da dignidade humana tem uma importância principiológica no Direito Tributário e, além disso, uma função de defesa do indivíduo contra o Estado.¹⁰ A tributação não pode atingir o núcleo intangível do princípio da dignidade humana, sob pena de não assegurar os contornos mínimos para uma existência digna.

Afirma Humberto Ávila que o tributo somente pode incidir sobre a renda resultante depois do desconto do mínimo necessário para a existência digna. O autor traz a lume o

9 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 564-565.

10 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 120.

entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no sentido de que o Estado não poderia, por meio da tributação, subtrair do cidadão a renda por ele gerada até o limite mínimo de subsistência, que equivale às prestações de assistência social a que estaria obrigado a assegurar àquele cidadão sem recursos mínimos imprescindíveis à sua existência digna.

Os direitos imanentes da família também são tutelados, no âmbito internacional, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assegura às pessoas humanas o direito de fundar uma família e qualifica-a como o núcleo natural e fundamental da sociedade, gozando de especial proteção da sociedade e do Estado.

Outros diplomas normativos internacionais também trazem dispositivos acerca da proteção da família: Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 - Pacto São José da Costa Rica;¹¹ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979;¹² Convenção Internacional sobre Direitos da Criança de 1889; e

Convenção Internacional das Nações Unidas para os Refugiados de 1951.

O princípio supremo da garantia da dignidade humana, o princípio constitucional estabelecido no artigo 226 da Constituição Federal e os direitos individuais assegurados nos aludidos tratados internacionais, que foram incorporados ao ordenamento jurídico interno, constituem limites às ações estatais, mormente à atividade de instituição, cobrança e arrecadação de tributos, a fim de que não desnaturem o núcleo essencial deste direito fundamental, que visa, sobretudo, permitir a formação e o desenvolvimento digno da pessoa humana.

Ora, se a nossa Constituição fez a opção por um Estado Democrático de Direito, sem exclusão do princípio do Estado de Bem-Estar Social (art. 3º da CF), o qual impõe ao Poder Público os deveres de garantir os pressupostos mínimos aos indivíduos por meio de prestações assistenciais e previdenciárias, de proteger a família e não adotar condutas (comissivas ou omissivas) a ela prejudiciais, deve permanecer fora do campo da tributação todo o mínimo necessário para a manutenção digna dos membros da família.

Vale trazer à baila o magistério da jurista Regina Helena Costa, segundo a qual, a partir do exame da relação estabelecida entre a atividade tributante do Estado e os direitos e liberdades públicas, extrai-se o princípio constitucionalmente implícito da não obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação.¹³

Aludido princípio emana, num primeiro momento, do próprio texto constitucional, que, mediante a prescrição de princípios garantidores dos direitos fundamentais e de normas imunizantes, impede o aniquilamento desses direitos pela via da tributação. Num segundo momento, volta-se para o legislador

11 “Art. 17 - Proteção da família: 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes. 4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento”.

12 “Art. 10 - Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres (...) h) acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família, incluída a informação e o assessoramento sobre o planejamento da família”.

13 COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79-82.

infraconstitucional, impedindo-o de incluir, no âmbito da hipótese de incidência da norma, determinados fatos, cujo exercício do direito pode ser afetado pela tributação. Por derradeiro, num terceiro momento, impõe ao administrador fiscal o dever de não expedir atos normativos secundários que, por via oblíqua, venham a inviabilizar o exercício dos direitos fundamentais.

O princípio da não obstância faz uma interconexão, no plano da tributação, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção especial da família, porquanto impõe limites à atuação dos poderes constituídos, principalmente em relação às atividades de natureza legislativa e administrativa, impedindo a tributação do mínimo vital para a constituição, desenvolvimento e manutenção da família.

A não obstância ao exercício de um direito fundamental também decorre da aplicação do princípio da razoabilidade – implícito em nossa carta constitucional –, na medida em que veda ao legislador a edição de normas jurídicas arbitrárias e que contenham restrições não autorizadas e excessivas.

Como ensina Alexy, a restringibilidade a um direito fundamental não pode afetar o seu núcleo essencial, o qual deve ser extraído tanto das posições individuais (teoria subjetiva) ou do âmbito geral de validade da norma que abarca indistintamente todos os indivíduos (teoria objetiva). Com efeito, todas as medidas que impliquem intervenções a um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.

2.5. A extrafiscalidade e o princípio da proteção especial da família.

A extrafiscalidade constitui importante instrumento à disposição do Estado voltado a inibir ou estimular determinadas condutas pelo contribuinte, a fim de efetivar os valores

tutelados pela ordem constitucional.

Segundo lição de Geraldo Ataliba,

(...) consiste a extrafiscalidade no uso de instrumento tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou inibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.¹⁴

O insigne jurista Roque Antonio Carraza também ensina:

Há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Por aí se vê que a extrafiscalidade nem sempre causa perda de numerários; antes, pode aumentá-lo, como, por exemplo, quando se exacerba a tributação sobre o consumo de cigarros.¹⁵

A evolução tributária mostra que a tributação, cuja função primordial era a arrecadação de recursos financeiros para o exercício das atividades estatais, assumiu outra função – claro, sem excluir a função arrecadadora – indutora de comportamentos.

Para Luís Eduardo Schoueri, o tributo tem várias funções ao lado da função arrecadadora, destacando-se as funções distributiva, alocativa (indutora) e estabilizadora. A função distributiva, pela via da tributação, redistribui a renda, visando à redução das desigualdades sociais. A função alocativa induz, com a tributação, comportamentos dos agentes econômicos, que passam a considerá-la na tomada de sua decisão. Por fim, a função estabilizadora busca, por meio da política fiscal, alcançar ou manter um nível elevado de emprego, uma

14 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

15 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 127.



razoável estabilidade no nível de preços, equilíbrio das contas públicas e uma taxa razoável de crescimento econômico.¹⁶

Como já realçamos, o princípio da proteção da família, que sofre influxos diretos do valor tutelado pelo princípio da garantia da dignidade humana, impõe ao Estado obrigações positivas e negativas: dever de o Estado preservar todas as formas de famílias (casamento, união estável, família monoparental, família socioafetiva e uniões homoafetivas) e promover o bem-estar de seus membros, e o dever negativo de não adotar intervenções perturbadoras e condutas que tenham por fim prejudicar ou alterar a família.

Com efeito, se o Estado, por meio da tributação – esta vista sob o aspecto de função fiscal arrecadadora –, não pode atingir o patrimônio, a renda ou rendimento mínimo necessário à existência da família, por outro lado, sob o viés da extrafiscalidade, pode estabelecer normas indutoras de comportamentos, por meio da diferenciação de alíquotas tributárias, concessões de benefícios fiscais ou adoção de

regimes diferenciados de tributação.

Ora, as normas constitucionais, especialmente as estabelecidas no artigo 226 da Constituição Federal, interpretadas em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, impõem ao Estado a adoção de um modelo tributário justo e razoável, que incentive a constituição, o desenvolvimento e a manutenção da família, sob pena de a tributação, que tem por finalidade precípua a consecução dos objetivos fundamentais da República (construir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o bem-estar de todos; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e erradicar a pobreza e marginalização), servir de desestímulo à constituição das

diversas formas de famílias ou de incentivo à dissolução da sociedade conjugal.

Os artigos 1.511; 1.565, § 2º; 1.566, II, III e IV; 1.567; 1.568; 1.634, I e II; 1.694; 1.696; e 1.724 do Código Civil estabelecem o princípio da comunhão indivisa entre os cônjuges e companheiros, pautado na igualdade de direitos e deveres referentes à condução da sociedade conjugal e na liberdade do casal no planejamento familiar, incumbindo ao Estado tão somente propiciar os meios educacionais, financeiros e científicos para o exercício desse direito; os deveres de mútua assistência entre os consortes e os membros da família, de prestação recíproca de alimentos, de contribuição para as despesas da família e de criação, guarda e educação dos filhos.

A imposição desses encargos econômicos aos membros da família, mormente nas relações estabelecidas entre cônjuges ou companheiros e filhos, pode servir de desestímulo à sua própria constituição, desenvolvimento e manutenção caso o Estado – que tem o dever de colaborar para a promoção da família, sem, contudo, interferir na liberdade de seu planejamento – não adote, inclusive na atividade de tributação, medidas que estimulem a constitui-

16 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36-37.

ção de vida em comum. Daí o porquê de o princípio da proteção especial da família exercer as funções de integração das demais normas do sistema jurídico e de orientação interpretativa do elaborador e aplicador da norma tributária.

O sistema tributário, por intermédio de normas indutoras, não deve assumir uma postura de neutralidade em relação às entidades familiares, ao contrário, deve, em graus variados, conceder isenções, deduções e outros benefícios fiscais, principalmente nos impostos incidentes sobre a renda da família.

Misabel Derzi, ao tecer considerações sobre a capacidade contributiva objetiva e subjetiva dos membros da família em relação ao imposto sobre a renda, asseverou:

Do ponto de vista objetivo, é importante que o legislador autorize a dedução integral dos gastos profissionais, ou seja, dos gastos efetuados pelas pessoas – casadas ou arrimo de família – para o exercício de uma atividade mantenedora da família, o que, aliás, estão obrigadas. Do ponto de vista subjetivo, é necessário que o legislador autorize a dedução dos gastos efetivos e realmente necessários ao sustento dos dependentes com educação, saúde, transporte, etc.¹⁷

O princípio da capacidade contributiva¹⁸ – materializado na primeira parte do artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, informador

17 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 779.

18 Para Roque Carrazza, “o princípio da capacidade contributiva reforça o princípio republicano, que determina a equitativa repartição dos encargos tributários entre o contribuinte. (...) hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza (...)”. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 96-101.

do sistema jurídico tributário constitucional e direcionado ao legislador, aplicador e executor da norma tributária – exige que o Estado, por meio da tributação, verifique a real capacidade econômica da família, desconsiderando todos os gastos efetivamente realizados para a garantia da existência digna de seus membros. Esse é o âmbito da intributabilidade da renda da família.

No Direito Tributário brasileiro, o regulamento do imposto de renda traz algumas hipóteses que podem ser consideradas, aparentemente, como conformadoras dos princípios constitucionais em questão, na medida em que asseguram a dedutibilidade na base de cálculo dessa exação fiscal das despesas com instrução, tratamentos médicos e hospitalares, dependentes e alimentos. Entretanto, ao analisar os limites dessas deduções, chega-se a conclusão de que são ínfimos, irrisórios e desarrazoados, porquanto não espelham, nem de longe, as reais quantias desembolsadas pelos membros da família para cobrirem as despesas necessárias à existência digna.

2.6. A correlação entre os princípios da igualdade e da proteção especial da família e as limitações ao poder de tributar.

O princípio da igualdade (isonomia) decorre do princípio republicano insculpido no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal. A lei, enquanto produto da atividade típica exercida por um dos poderes constituídos (Poder Legislativo), cujos agentes exercem este poder por meio de mandato outorgado por seus eleitores-representados, deve ser geral, abstrata e impessoal, dando o mesmo tratamento para aqueles que se encontram em idêntica situação jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello sublinha que o princípio da igualdade orienta a atividade do legislador, impedindo-lhe de editar normas gerais e abstratas que dispensem tratamentos diversos, sem o emprego de

critérios discriminatórios justos e razoáveis, para situações equivalentes, ou, mesmo, tratamento igual para situações diferentes.¹⁹

A análise do critério discriminatório, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, deve perpassar pelo exame do “fator de desigualação” (fatos, situações ou pessoas), pela correlação lógica entre o fator de discrimen e a desigualdade estabelecida no tratamento jurídico diversificado, e pela relação de pertinencialidade entre os fatores de discrimen e os valores constitucionalmente tutelados no sistema jurídico.

Humberto Ávila atribui três dimensões ao princípio da isonomia:

Sua dimensão normativa preponderante é de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de igualdade, equidade, generalidade, impessoalidade, objetividade, legitimidade, pluralidade e representatividade no exercício das competências atribuídas aos entes federados. (...) na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a igualdade qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se, na feição de princípio e de regra, como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação e, na função de postulado, como limitação de segundo grau, já que orienta o aplicador na relação que deve investigar relativamente aos sujeitos, ao critério e à finalidade da diferenciação; quanto ao objeto, qualifica-se como uma limitação positiva de ação e também negativa, na medida em que exige uma atuação do Poder Público para igualar as pessoas (igualdade de chances, ações afirmativas), bem como proíbe a utilização de critérios irrazoáveis de diferenciação ou o tratamento desigual

para situações iguais; quanto à forma, revela-se como uma limitação expressa, material e formal, na medida em que, sobre ser expressamente prevista na Constituição Federal (art. 5º e art. 150, II), estabelece tanto o conteúdo quanto à forma de tributação.²⁰

Não obstante o princípio da isonomia decorra do princípio republicano estabelecido em nossa carta política, encontra previsão expressa nos artigos 5º, *caput*, e 150, II.

O princípio da proteção especial da família também deve ser valorado à luz do princípio da isonomia, uma vez que admite, por razões de justiça tributária e funcionalidade do sistema jurídico, o tratamento tributário diferenciado para a realização de uma finalidade constitucional: garantir a dignidade humana dos membros da família.

Por isso, os contribuintes solteiros, casados com filhos e casados sem filhos que auferem rendas iguais não devem ser tratados de modo igual, haja vista que há uma situação fática que os diferencia, sendo que o tratamento isonômico, nesta hipótese, levaria a uma injustiça tributária.

Humberto Ávila cita importantes decisões do Tribunal Constitucional Alemão que, no caso concreto, aplicou os princípios da capacidade contributiva e isonomia, a fim de assegurar a proteção digna da família:

Em decorrência do ônus das prestações de alimentos aos filhos constitui-se, para os casais com filhos, uma desigualdade econômica na utilização da sua renda auferida, em comparação com casais sem filhos. Deve-se examinar segundo o critério do preceito da justiça tributária, ao qual o legislador está vinculado e que deve ser extraído do art. 3º, § 1º, da Lei Fundamental, se e em que medida o legislador está constitucionalmente obrigado a mitigar

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19-20.

20 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411.

ou eliminar dessa desigualdade. (...), devendo ser consideradas as decisões valorativas da Lei Fundamental em prol do matrimônio e da família, bem como o princípio do Estado Social. (...).

No sustento de um filho essa concretização do princípio da capacidade contributiva decorre adicionalmente das decisões fundamentais contidas nos arts. 1º, § 1º, e 6º, § 1º, da Lei Fundamental. O Estado, que reconhece a dignidade da pessoa como mais elevado valor jurídico (...) e confiou o matrimônio e a família à especial proteção do Estado, não pode colocar os filhos e a satisfação de necessidades particulares no mesmo nível; não pode, por conseguinte, apropriar-se dos meios indispensáveis ao sustento na mesma maneira que os recursos financeiros usados para a satisfação de necessidade quaisquer. (...) Quanto ao montante, o Estado deve, na avaliação da capacidade contributiva, desconsiderar como renda tributável os gastos de sustento dos filhos do contribuinte naquela abrangência, na qual eles se fazem mister para assegurar o nível mínimo de existência dos filhos.²¹

As despesas inevitáveis para o desenvolvimento e a manutenção da família – tais como prestação alimentícia, serviços médicos e hospitalares, prestação educacional, aquisição de medicamentos e gastos profissionais efetuados para o exercício de uma atividade mantenedora da família – restringem a capacidade econômica do contribuinte, exonerando-o do pagamento de impostos incidentes sobre o mínimo necessário para a subsistência digna de todos os seus membros.

2.7. Questões relevantes do imposto sobre a renda e a proteção da família.

O conceito tributário de renda deve ser analisado à luz das normas constitucionais

(art. 153, III e § 2º). A renda é o aumento ou acréscimo do patrimônio, e constitui determinada soma de riqueza, que, segundo lição de Rubens Gomes de Sousa, deve provir “de uma fonte patrimonial determinada e já pertencente ao próprio titular da renda”; ser periódica, isto é, “capaz de se reproduzir de tempos em tempos”; e “ser proveniente de uma exploração do patrimônio pelo titular da renda, isto é, do exercício de uma atividade que tenha por objeto fazer justificar o patrimônio”.²²

O conceito constitucional de renda tributável compreende, portanto, o aumento ou incremento do patrimônio decorrente do emprego do trabalho, do capital ou da combinação de ambos, e apurável num certo período de tempo.

Entrementes, para se apurar a renda do contribuinte, necessário verificar os acréscimos patrimoniais experimentados num dado período de tempo, subtraindo-se todas as despesas dedutíveis no mesmo espaço temporal.

A definição das regras-matrizes dos impostos estabelecidos pela Constituição, que traz o arquétipo mínimo destas exações fiscais (hipótese de incidência possível, sujeito ativo possível, sujeito passivo possível, base de cálculo possível e alíquota possível), não sendo diferente em relação ao imposto sobre a renda, implica restrições na atuação do legislador infraconstitucional, não podendo delas se desvencilhar. O legislador ordinário não dispõe, portanto, de liberdade para definir “renda” e “proventos de qualquer natureza”.

A propósito, ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, “se o legislador ou aplicador da regra pudessem delinear, a seu talante, o capó de restrições a que estão submetidos, através da definição das palavras constitucionais, assumiriam, destarte, a função de constituintes”.²³

22 SOUSA, Rubens Gomes de. *Competência da legislação tributária*. Rio de Janeiro: Edições Financieiras S/A, 2000, p. 197 e ss.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Imposto sobre a renda – depósitos bancários – sinais exteriores de riqueza*.

21 *Ibidem*, p. 412.

Segundo precisa lição de Roque Antonio Carrazza:

A nosso pensar, o conceito de renda e proventos de qualquer natureza, constitucionalmente abonado, pressupõe ações humanas que revelem mais-valias, isto é, acréscimos na capacidade contributiva (que a doutrina tradicional chama de “acréscimos patrimoniais”). Só quando há uma realidade econômica nova, que se incorpora ao patrimônio individual preexistente, traduzindo nova disponibilidade de riqueza, é que podemos falar em “renda e proventos de qualquer natureza”. Vai daí que as indenizações recebidas, os custos da empresa, a energia elétrica consumida, o capital empregado etc. não são nem rendimentos, nem proventos de qualquer natureza. Escapam da tributação via de IR.²⁴

Como visto, há uma necessária proteção especial do Estado à família, devendo, por meio do Direito Tributário, captar a real capacidade econômica do contribuinte, considerando os gastos efetivamente desembolsados e imprescindíveis à manutenção da família.

O sistema de tributação da renda da pessoa física adotado no Brasil permite que se considere, individualmente, cada membro familiar e calcule a renda isoladamente de cada pessoa, desconhecendo a entidade familiar como sujeito autônomo de capacidade contributiva. Alternativamente, admite-se a declaração conjunta para os cônjuges e companheiros, determinando-se a cumulação da totalidade dos rendimentos próprios e a metade dos rendimentos produzidos pelos bens comuns do casal, conforme o regime de bens adotado.

A extrafiscalidade da tributação, à luz do princípio da proteção especial da família, exige uma postura ativa do sistema tributário, e não uma neutralidade, em relação à constituição e manutenção das famílias. Entretanto, não foi essa a postura adotada pelo Estado brasileiro quando se examinam os dispositivos insertos no Regulamento do Imposto de Renda. Vejamos.

As deduções de despesas com dependentes, alimentos, educação e serviços médicos deveriam ser integralmente desconsideradas da renda independente de cada cônjuge ou companheiro (sistema de tributação independente) ou da renda total do casal (sistema de tributação conjunta), para depois buscar a alíquota aplicável.

O Regulamento do Imposto de Renda estabelece um patamar fixo a ser deduzido do rendimento tributável em relação às despesas com dependentes e com educação, sem, sequer, levar em consideração a real capacidade econômica do contribuinte (família).

Outra incongruência do sistema tributário diz respeito ao direito ínfimo e irrisório de dedução de despesas alimentícias pela entidade familiar, ao passo que nas hipóteses de prestação alimentícia fixada por decisão judicial ou acordos homologados judicialmente inexistem limites de deduções.

Não se olvide que a constitucionalização do conceito de família – que visa a tutelar a pluralidade das espécies de famílias (família monoparental, família socioafetiva, união estável, casamento e união homoafetiva) – tem reflexão imediata no sistema de tributação da renda da pessoa natural, porquanto se deve permitir, por exemplo nas famílias constituídas entre avós e netos, entre tios e sobrinhos ou entre irmãos, o uso dos sistemas independentes ou conjuntos de tributação. Ora, caso não autorizassem as deduções das importâncias pagas a título de alimentos, saúde e educação, essenciais para a garantia da existência digna de todos os membros da família, ter-se-ia uma clara tributação do mínimo existencial.

za. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, ano VII, n. 23/24, jan./jun. 1983, p. 92.

24 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 801.

Infelizmente a negligência adotada pelo legislador ordinário conduz em grave violação aos princípios constitucionais da garantia dignidade da pessoa humana e da proteção especial da família, desestimula a constituição de famílias e motiva a fuga ao casamento e união estável.

3. Conclusão.

O princípio da proteção especial da família, que guarda íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe ao Estado a adoção de comportamentos positivos e negativos: o dever de fornecer prestações materiais que assegurem a existência digna dos membros das famílias, e o dever de não interferir em prejuízo à família.

Por se tratar de direito fundamental constitucionalmente tutelado, o princípio da proteção especial da família irradia efeitos em todas as ações estatais, mormente na atividade de tributação do Estado, a qual deve ser vista como instrumento imprescindível para a concreção dos objetivos buscados pela Constituição (constituir uma sociedade livre, justa e solidária; assegurar a todos a existência digna; promover o bem-estar social, sem distinções desarrazoadas e discriminatórias; e erradicar a pobreza e marginalização).

A extrafiscalidade no Direito Tributário deve ser estimulada pelo Estado, de forma a editar atos normativos que induzam a constituição e a manutenção digna da família, assegurando-lhe a intributabilidade do mínimo vital.

A descrição da regra-matriz de incidência tributária pela Constituição (fato gerador possível, sujeitos ativo e passivo possíveis, base de cálculo possível e alíquota possível) restringe a atuação do legislador ordinário, impedindo-o de extrapolar, inclusive, na conformação do conceito constitucional de “renda”. A tributação da renda deve-se amoldar aos princípios constitucionais – dentre eles,

a proteção especial da família –, de forma que as despesas necessárias para o desenvolvimento integral da personalidade de cada membro da família sejam deduzidas da base de cálculo do imposto.

Não obstante os princípios balizadores da ordem jurídica interna, o legislador infraconstitucional editou normas que, além de restringirem de modo desarrazoado e injustificado o núcleo intangível do direito fundamental da proteção da família – que constitui a base essencial da sociedade e deve receber especial tutela do Estado –, impedem a concreção de uma digna existência de seus membros.

Aludidos princípios não podem ser tratados como meros enunciados e intenção do Poder Constituinte Originário e de uma Constituição do “por vir”, ao revés, constituem verdadeiras normas jurídicas, que gozam de especial hierarquia no sistema jurídico e dispõem de força cogente, obrigando aos poderes constituídos a adoção de comportamentos, positivos ou negativos, que melhor otimizem os valores tutelados por essas normas.

Obstar a efetiva implementação do direito fundamental à proteção da família pela via da tributação é aniquilar o alcance da sadia qualidade de vida dos membros da família, e fragilizar a formação e desenvolvimento de suas personalidades moral e cultural.

Referências bibliográficas.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2001.
- AMARAL, Francisco. Direito constitucional: a eficácia do Código Civil Brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: *Repensando o direito de família*. Anais do I Congresso de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte, Del Rey, 1988.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BECHER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Jurídica Senador, 1998.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Imunidades tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; FILHO, Orlando Villas Bôas. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HARADA, Kiyoshi. *Temas de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Imposto sobre a renda – depósitos bancários – sinais exteriores de riqueza*. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, ano VII, n. 23/24, jan./jun. 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- PANTZIER, Helge Detlev. *Direito Tributário. Princípios e conceitos*. São Paulo: Juruá, 2002.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito Tributário nas Súmulas do STF e do STJ*. São Paulo: Atlas, 2010.
- SOUSA, Rubens Gomes de. *Competência da legislação tributária*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S/A, 2000.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. *In: COUTO, Sérgio (Coord.). Nova realidade do direito de família*. Rio de Janeiro: COAD, 1999

O crime de importação de medicamentos sem registro no órgão nacional de vigilância sanitária competente e o excesso no exercício da discricionariedade legislativa



Louise Vilela Leite Filgueiras Borer

Juíza Federal. Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: O artigo discute a inconstitucionalidade da pena fixada para o crime de importação de medicamento não registrado no órgão sanitário competente sob a perspectiva dos limites da discricionariedade legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: medicamentos, importação, pena.

ABSTRACT: The article discusses the unconstitutionality of the penalty due to the crime of importing non officially registered medicine, from the outlook of legislative discricionarity bounds.

KEYWORDS: medicine, importing, penalty.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A conduta em debate e o contexto fático em que promulgada a Lei nº 9.677/1998. 3. O tipo penal. 4. Sobre o processo de aprovação de medicamentos pela ANVISA. 5. A pena e sua desproporção. 6. O debate à luz da jurisprudência. 7. A inconstitucionalidade da norma e a adequada subsunção do fato. 8. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução.

A questão que aqui se põe tem gerado discussões e até alguma perplexidade no meio jurídico. Diz respeito à fixação de pena *mínima* de dez anos para o crime de importação de medicamento utilizado regularmente em outros países, mas que não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. A conduta consta do rol incluído pela Lei nº 9.677/1988 ao artigo 273 do Código Penal Brasileiro (art. 273, § 1º-B, I), que tipifica importantes ações violadoras da saúde pública, como aquela de comercializar medicamentos falsificados, aplicando-lhes penas graves.

O presente artigo discute a discrepância dessa específica conduta da gravidade das demais e propõe a solução para a punibilidade tecnicamente adequada ao crime do ponto de vista da proporcionalidade-razoável, que deve nortear a atividade legislativa. Acreditamos que o comportamento possui gravidade penalmente relevante, mas requer tratamento diverso dos delitos aos quais o legislador o equiparou em termos de resposta penal.

2. A conduta em debate e o contexto fático em que promulgada a Lei nº 9.677/1998.

As condutas incriminadas pelo artigo 273 do Código Penal, com as alterações promovidas pela Lei nº 9.677/1998, são de fato gravíssimas. É o engodo que mata, um tipo de estelionato que atenta contra a saúde e a vida, na medida em que o agente obtém sua ilícita vantagem mediante a fraude consistente em adulterar produto medicinal, destinado a fins terapêuticos. O doente acredita que está se tratando e a doença progride. Pessoas perdem suas vidas pela ganância dos falsários. Não seria absurdo falar em homicídio por dolo eventual.

Muito se falou sobre a máfia dos remédios falsificados, nos idos de 1998, quando

várias denúncias surgiram. Confira-se esse trecho da matéria publicada na revista Veja sobre o tema, a título de esclarecimento:

O paraíso dos remédios falsificados

Como opera a máfia que transformou o Brasil num dos campeões da fraude de medicamentos

É um dos piores crimes que se podem cometer. As vítimas são homens, mulheres e crianças doentes – presas fáceis, capturadas na esperança de recuperar a saúde perdida. A máfia dos medicamentos falsos é mais cruel do que as quadrilhas de narcotraficantes. Quando alguém decide cheirar cocaína, tem absoluta consciência do que coloca corpo adentro. Às vítimas dos que falsificam remédios não é dada oportunidade de escolha. Para o doente, o remédio é compulsório. Ou ele toma o que o médico lhe receitou ou passará a correr risco de piorar ou até morrer. Nunca como hoje os brasileiros entraram numa farmácia com tanta reserva. No passado, os falsificadores vendiam uísque feito com álcool e corante no Paraguai, empurravam relógios e canetas falsas por intermédio de camelôs, até roupas de griffes famosas eram cortadas em oficinas de fundo de quintal. Nos últimos anos, os falsificadores descobriram o filão muito mais lucrativo do medicamento. Começaram timidamente. Hoje, o Brasil é um dos campeões mundiais da falsificação de remédios. Vendem-se aqui até drogas falsas para câncer, doenças do coração e infecções graves, como a meningite. “Ninguém sabe os números exatos, mas o Brasil está entre os países mais atingidos por essa máfia dos remédios”, diz o médico e professor da Universidade de São Paulo Antônio Carlos Zanini, consultor da Organização Mundial de Saúde. Quem pode estar seguro numa situação como esta, em que comprimidos, pílulas, xaropes ou injeções podem ser feitos com água, sal e algum pó sem nenhuma utilidade? “Ninguém está seguro”, afirma Zanini. As estatísticas sobre o tamanho da in-

dústria das fraudes são disparatadas, como em geral acontece nas avaliações de atividades clandestinas e ilegais. Zanini estima que 10% de todo o faturamento do setor farmacêutico no Brasil esteja indo para o bolso da máfia. Isso representaria algo como 1 bilhão de reais por ano. Os técnicos mais pessimistas calculam que se vendam vinte medicamentos falsos em cada lote de 100. Mesmo que a situação seja menos dramática – e não parece ser, a se julgar pelo número de casos que aparecem diariamente na televisão –, há vítimas espalhadas por todo o país e um risco efetivo para quem está em busca de alívio para um mal qualquer. “Temos de denunciar e apurar essas práticas criminosas”, diz o biólogo Oscar Berro, diretor do Laboratório Nacional Noel Nutels, um dos mais respeitados na análise de drogas fraudadas.¹

A reportagem é bem mais extensa que o excerto acima e vale a pena seguir o *link* para consultá-la em sua inteireza. Porém, importa aqui ressaltar que nesse contexto de inúmeras denúncias de fatos graves, que já vinham sendo expostos à época pela imprensa, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, e agravou substancialmente a pena por este crime, cuja conduta foi incluída no rol dos crimes hediondos pela Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, ao lado de outros crimes contra a saúde pública.

A pena base do delito de alteração de substância medicinal ou destinada a fins terapêuticos, pela modificação da qualidade que reduza seu valor nutritivo ou terapêutico, ou pela supressão de qualquer elemento de sua composição normal, ou substituição por outro de qualidade inferior, na redação original do artigo situava-se no intervalo de 1 a 3 anos de reclusão e multa, e com a nova lei saltou para 10 a 15 anos de reclusão e multa, acrescidas ao

preceito ainda outras condutas típicas.

O *caput* do artigo 273 hoje em vigor discrimina as seguintes condutas: falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Mas o preceito secundário também se aplica a importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (§ 1º). O § 1º-A do referido artigo ainda explicita que:

Art. 273. (...)

§ 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

Em seguida, dispõe o § 1º-B, que se sujeita às mesmas penas quem pratica as ações previstas no § 1º, importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo – *em relação a produtos sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente*; em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; de procedência ignorada ou adquiridos de estabelecimento sem licença



¹ PASTORE, Karina. O paraíso dos remédios falsificados. *Revista Veja*, 08 jul. 1998. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html>. Acesso em: 06 maio 2014.

da autoridade sanitária competente.

Ainda prevê a lei uma modalidade culposa para todas as condutas, com pena estabelece de 1 a 3 anos de detenção e multa.

3. O tipo penal.

Feito esse introito, para que se entenda basicamente o problema, passo a tratar do tema aqui proposto, a conduta do artigo 273, § 1º-B, I.

Pois bem. O tipo penal objeto de nossa análise não é a gravíssima ação de comercializar, de expor a venda, de fornecer medicamento adulterado, modificado, falsificado. Queremos nos ater à conduta de importar, vender, expor à venda *medicamento verdadeiro*, existente no mercado de outros países, portanto em conformidade com a fórmula original, mas proibido em território nacional, *por falta de registro* na ANVISA, isto é, sem a chancela do órgão estatal competente no Brasil para o controle sanitário.

De forma consolidada, o tipo penal vem assim descrito:

Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998) Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998)

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998)

(...)

§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998)

I - sem registro, quando exigível, no

órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 02/07/1998)

Destaco que a pena mínima cominada ao crime do artigo 273, § 1º-B, I, é de 10 anos de reclusão, podendo chegar a 15 anos de reclusão (pena máxima).

Portanto, aquele que importa medicamento verdadeiro, de uso comum em outros países, mas que aqui não obteve o registro da ANVISA autorizando a comercialização em território nacional, seja por razões afetas à burocracia ou à discricionariedade do órgão, é punido da mesma forma que aquele que engana o consumidor fornecendo medicamento falso, capaz de levar à morte.

A punição assume contornos de reforço à política sanitária, já que há controvérsias sobre os efetivos riscos à saúde desses medicamentos comercializados no exterior.

De fato, certos fármacos são proibidos em um país e liberados em outros. Por exemplo: nos EUA, a Food and Drug Administration – FDA, órgão de fiscalização sanitária daquele país, não permite a venda de Dipirona, em razão da constatação de que esse medicamento pode causar um a doença chamada Agranulocitose, caracterizada pela redução da quantidade de glóbulos brancos no sangue e maior risco de choques anafiláticos.²

No Brasil, a Dipirona é comercializada em farmácias, sem restrições. Muitos analgésicos no Brasil são feitos a base de Dipirona e não há qualquer proibição, a despeito de haver críticas veementes quanto a isso. Outros medicamentos proibidos lá fora são comercializados livremente aqui, como a pílula Diane 35, a Sibutramina, o Avastin e o hormônio do crescimento Somatropina.³

2 PREVIDELLI, Amanda. 5 medicamentos proibidos lá fora e comercializados no Brasil. *Revista Exame.com*, 18 fev. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/5-remedios-proibidos-la-fora-e-comercializados-no-brasil?p=4>>. Acesso em: 06 maio 2014.

3 *Ibidem*.

Ainda a título de exemplo, a melatonina, hormônio humano sintetizado em laboratório que induz o sono, não possui registro na ANVISA e não pode ser comercializada, incidindo quem o faça no crime do artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal. A substância, contudo, é comercializada em comprimidos amplamente nos EUA e encontrada nos balcões de qualquer farmácia naquele país ou mesmo em loja de vitaminas e suplementos alimentares, possuindo assim a chancela da FDA. Há polêmica sobre os efeitos de seu uso abusivo, mas pesquisas negam sua toxicidade no uso por curto prazo.⁴

Na verdade, há muita polêmica em torno da eficácia e efeitos colaterais de substâncias terapêuticas, e não temos qualquer pretensão de ingressar no mérito delas, mas apenas demonstrar que existem posições controversas.

Não se discute, porém, que a falta de registro no órgão sanitário brasileiro de um medicamento, ainda que *verdadeiro* – aquele que realmente contém o princípio ativo especificado em sua formulação e que pode ser prescrito por profissionais de saúde fora do Brasil – é ato ilícito, pois o registro é um ato de controle interno importante para o resguardo da saúde pública da população brasileira, do qual não podemos, simplesmente, prescindir.

A conduta é reprovável por retirar a comercialização do fármaco da esfera de controle da União Federal e, assim, expor a perigo abstrato a saúde pública. Mas é de gravidade infinitamente menor que a de fornecer placebos a casos de enfermidades diagnosticadas, ou substâncias tóxicas ao invés de medicamentos.

4. Sobre o processo de aprovação de medicamentos pela ANVISA.

Sobre o processo de aprovação de um medicamento novo pela ANVISA, vale consultar o site da agência e constatar-se-á que pode ser demorado e o resultado está sujeito a certo subjetivismo dos técnicos encarregados de analisar e interpretar os dados das pesquisas científicas realizadas sobre o assunto. O processo de aprovação de um medicamento considerado novo, sem registro no país, deve cumprir diversas etapas, como a própria ANVISA declara:

A avaliação de um dossiê de registro costuma ser dividida em três partes: análise farmacotécnica, análise de eficácia, e análise de segurança. A análise farmacotécnica inclui a verificação de todas as etapas da fabricação do medicamento desde aquisição dos materiais, produção, controle de qualidade, liberação, estocagem, expedição de produtos terminados e os controles relacionados. Essa análise é feita por técnicos da própria Anvisa, em geral farmacêuticos, sendo rara a solicitação de pareceres a consultores *ad hoc*.

O mesmo não ocorre quanto às avaliações de eficácia e segurança, feitas por meio da análise de estudos pré-clínicos (ou não-clínicos) e clínicos, estes subdivididos em fases I, II, III e, eventualmente, IV, nos casos de medicamentos já registrados em outros países para os quais dados de farmacovigilância pós-mercado já são disponíveis.

Por razões históricas que precedem a criação da Anvisa, tais avaliações sempre dependeram de consultores externos, em geral organizados em câmaras técnicas. O papel de técnicos da Anvisa nessas avaliações sempre foi, e ainda é, limitado, e esta Agência continua a depender de ajuda externa, muito embora desde meados de 2003 a forma de encaminhamento dos pedidos de pareceres e de tomada de decisão tenha sofrido modificações.

4 BUSCEMI, Nina *et al.* Efficacy and safety of exogenous melatonin for secondary sleep disorders and sleep disorders accompanying sleep restriction: meta-analysis. *BMJ*, v. 332, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1370968/>>. Acesso em: 06 maio 2014.

Análise farmacotécnica

Pode ser dividida em duas etapas, a primeira delas consistindo em se conferir se toda a documentação exigida para o registro consta no processo. A segunda etapa é a análise propriamente dita do dossiê de registro, que é composto:

- a) Por uma parte documental, composta por: formulários de petição de registro, comprovante de recolhimento da taxa de fiscalização, Licença de Funcionamento da empresa, Certificado de Responsabilidade Técnica, notificação da produção de lotes-piloto (para produtos nacionais), Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle (BPFC) emitido pela Anvisa.
- b) Pelo Relatório Técnico, que deve conter todas as informações referentes aos estudos clínicos e a parte farmacotécnica. É na análise farmacotécnica que são avaliadas a bula (quanto à sua estrutura), a estabilidade do produto, as informações técnicas do(s) princípio(s) ativo(s), a farmacodinâmica, a farmacocinética, toda a produção do medicamento e todo o controle de qualidade do produto.

Análise de eficácia e segurança

As avaliações de eficácia e segurança foram, durante vários anos, feitas por câmaras técnicas constituídas por um número variável de especialistas, em geral médicos e professores universitários de reconhecida experiência em diversas áreas da Medicina, que se reuniam periodicamente para discutir os processos de registro de novos medicamentos, assim como de inclusões e alterações pós-registro.

(...)

As avaliações de eficácia e segurança de medicamentos novos passaram a ser encaminhadas quase que exclusivamente a consultores *ad hoc*, seja de forma direta ou por meio de associações médicas, as quais selecionam entre seus afiliados profissionais que possuam conhecimento e experiência no assunto e que não tenham conflitos de interesse para emitir pareceres sobre os produtos.

Avaliações de pedidos de registro de medicamentos novos são encaminhadas para dois consultores, enquanto que, em geral, um único consultor é acionado para avaliação de inclusões e alterações pós-registro.

(...)

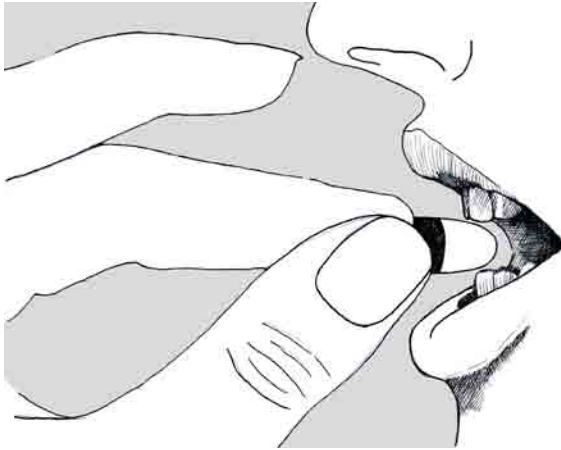
Independência da Anvisa em relação a seus consultores

A GEPEC não é no momento auto-suficiente para avaliar a eficácia e segurança dos medicamentos novos a ela submetidos para registro. O papel hoje desempenhado pelos consultores *ad hoc* é imprescindível. Não obstante esse fato, é importante que a deliberação quanto à concessão ou não de um registro seja feita pela Agência, que tem essa responsabilidade, e que esta mantenha sua independência em relação aos seus consultores.

A GEPEC tem avaliado os pareceres de seus consultores e, muito embora freqüentemente os tenha acatado, isso nem sempre acontece, em parte porque pareceres de dois consultores diferentes sobre um mesmo produto nem sempre são concordantes e, em casos mais raros, por discordar do(s) parecer(es). Quando a Agência tem parecer diverso do de seus consultores, a divergência fica documentada no processo. Respalhando ou não as recomendações de seus consultores, a Anvisa explicita em seus pareceres os motivos das tomadas de decisão, contribuindo, pois, para a transparência do processo.⁵

Como se vê, além do complexo processo de aprovação, pode haver divergências técnicas sobre os riscos de determinados medicamentos, pois a aprovação pela ANVISA vai depender de pareceres técnicos e de consultores *ad hoc*, que naturalmente emitem opiniões decorrentes de suas interpretações

5 GEPEC – Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaios Clínicos. *Como a ANVISA avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Brasília, 20 jan. 2005. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.



de dados científicos. Na forma do exposto acima, as conclusões podem contrariar tanto as análises dos técnicos *ad hoc* contratados pela própria ANVISA quanto os pareceres de agências estrangeiras, já que a função da GEPEC pressupõe a sua autonomia para isso. Pensamos até que não poderia ser diferente, pois a medicina e a biologia não são ciências exatas, comportam interpretações divergentes que geram opiniões discrepantes sobre os mesmos fatos.

Nesse diapasão, observe-se o que a ANVISA tem declarado sobre o uso de medicamentos para especificações *off label*, conduta de certa forma similar ao uso de medicamento não aprovado pela ausência de autorização governamental para o uso específico: o uso *off label*, ou seja, para fins diversos daqueles para os quais o medicamento é aprovado, é situação que a própria ANVISA admite, e não entende incorreta. Confira-se:

Uma vez comercializado o medicamento, enquanto as novas indicações não são aprovadas, seja porque as evidências para tal ainda não estão completas, ou porque a agência reguladora ainda as está avaliando, é possível que um médico já queira prescrever o medicamento para um seu paciente que tenha uma delas. Podem também ocorrer situações de um médico querer tratar pacientes que tenham uma certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por

base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento não aprovado para ela.

(...)

O que é uso *off label* hoje pode vir a ser uso aprovado amanhã, mas nem sempre isso ocorrerá. O que é *off label* hoje, no Brasil, pode já ser uso aprovado em outro país. Não necessariamente o medicamento virá a ser aprovado aqui, embora frequentemente isso vá ocorrer, já que os critérios de aprovação estão cada vez mais harmonizados internacionalmente. A aprovação no Brasil, porém, pode demorar, por vários motivos, entre os quais o de que o pedido de registro pode ser feito muito mais tarde aqui do que em outros países. Também pode ocorrer que o medicamento receba aprovação acelerada em outro país, baseada na apresentação de estudos preliminares ou incompletos, o que, via de regra, não é aceito pela Anvisa. Por fim, um uso autorizado no Brasil pode ser uso *off label* em outros países. A classificação de uma indicação como *off label* pode, pois, variar temporalmente e de lugar para lugar. O uso *off label* é, por definição, não autorizado por uma agência reguladora, mas isso não implica que seja incorreto.⁶

5. A pena e sua desproporção.

Como se vê, o uso não autorizado no Brasil nem sempre decorre de um risco efetivo à saúde. Além disso, milita em favor do agente uma certa presunção decorrente do senso comum de que o fármaco aprovado no exterior não é veneno, nem engodo, mas remédio, ainda que a diferença entre eles possa ser a dose. Mas essa máxima se aplica a qualquer medicamento. O perigo à saúde decorrente de submeter um paciente a tratamento com medicamento aprovado no exterior, mas não

6 GEPEC – Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaio Clínicos. *Como a ANVISA vê o uso off label de medicamentos*. Brasília, 23 maio 2005. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

aprovado no Brasil, é infinitamente menor que o de submeter esse mesmo paciente ao tratamento com um remédio falsificado, seja placebo, seja tóxico. E o motivo do agente infinitamente menos reprovável também.

Não se compara a gravidade da conduta. A pena não pode ser a mesma. Contudo, a sanção cominada neste inciso I é a mesma. É dizer: trata-se de sanção evidentemente desproporcional, seja em relação à conduta do *caput*, de falsificar, adulterar ou corromper medicamento, seja em relação a outros comportamentos tipificados e sancionados pelo Direito Penal, como o tráfico de drogas ilícitas, homicídio, estupro, roubo qualificado pela lesão grave e extorsão mediante sequestro.

Como se extrai do voto do e. Desembargador Federal Márcio Moraes em sede de arguição de inconstitucionalidade:

Assim, por qualquer ângulo que se visualize a matéria, não há fugir à conclusão de que, *em determinados casos*, de menor gravidade, a pena mínima contida no preceito secundário do artigo 273 do CP é assaz aberrante e adversa ao texto constitucional, posto que desproporcional ao delito cometido. A propósito, merece lida a ensinança de Guilherme de Souza Nucci (*in Código Penal Comentado*, 11ª ed., Ed. RT, pág. 1.063):

“Pena desproporcional: noticiou-se uma onda de eventos, trazendo à tona alguns problemas relativos à falsificação e adulteração de remédios, em particular, no contexto das pílulas anticoncepcionais. Por conta disso, em função da explosiva carga da mídia, o Legislativo, mais uma vez, editou lei penal, alterando o tipo penal do art. 273, bem como sua faixa de penas. *Para um delito de perigo abstrato, criou-se a impressionante cominação de 10 a 15 anos de reclusão, algo equivalente a um homicídio qualificado. Há condutas tipificáveis nesse artigo, que são nitidamente pobres em ofensividade, razão pela qual jamais poderiam atingir tais reprimendas.*

O outro oposto seria considerar bagatela

a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de remédios e similares, bem como outras condutas previstas nos §§ do art. 273. Exagero, por certo. Há relevância jurídica em punir tais atitudes, mas o ponto fulcral é a absurda penalidade inventada pelo legislador, sem qualquer critério (...)”

É o que parece, de resto, suceder na presente espécie. (destaques do Relator)⁷

Salta aos olhos, a ponto de causar certa indignação, tanto ao técnico quanto ao leigo, o excesso cometido pelo legislador ao cominar 10 anos de pena mínima para essa conduta, pelo extremo e desproporcional rigor punitivo.

Diante disso, o que fazer? A lei se aplica sem mais rodeios, devem os juízes ser deferentes, a “boca da lei”, e assim condenar um indivíduo a dez anos de reclusão, pena mínima, pelo comércio de melatonina, por exemplo? Aplica-se a pena do tráfico de drogas, por analogia? Há outra solução possível? Pretendo responder a essas perguntas.

É certo que o Judiciário não deve se imiscuir na função legislativa, o que seria afronta ao princípio da tripartição dos poderes. Cabe-lhe interpretar a norma jurídica e aplicá-la no caso concreto. A lição é básica.

Porém, cabe-lhe a interpretação harmônica do sistema e a interpretação de princípios, e inclui-se nessa função, que lhe foi conferida pela própria Constituição democraticamente promulgada, a de controlar a constitucionalidade das normas jurídicas. É dever do juiz, portanto, afastar a aplicação dos preceitos que se encontrem em confronto com as normas e princípios constitucionais, isto é, que não encontram fundamento de validade na Lei Maior. Essa é outra lição básica. Difícil é harmonizar as duas, quando esses conceitos entram em conflito.

⁷ TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

Mas há situações em que é evidente a necessidade de, em interpretando, corrigir a atuação legislativa para permitir a harmonia do sistema, suprindo faltas, coibindo excessos, extraíndo-se do próprio sistema as respostas, que podem estar nos princípios que ele contém. Esse é um caso, a meu ver, de aplicação desse raciocínio.

O princípio da proibição do excesso, da proporcionalidade razoável está implícito em nossa Constituição e rege a atividade discricionária, quer do administrador público, quer do legislador positivo. Decorre do princípio do devido processo legal em seu aspecto material e, na seara penal, também do princípio da individualização da pena, expressos na Constituição.

Significa que, no exercício de sua discricionariedade regrada, o poder público, por meio de seus agentes, não está autorizado pela Constituição Federal a agir com excesso ao restringir direitos individuais em prol do interesse público, além do suficiente e necessário para a defesa desses interesses. O excesso torna ilegal a atividade administrativa, ainda que a pretexto do exercício do poder discricionário. Da mesma maneira, torna inconstitucional a atividade legislativa, pois evidencia o desbordar dos limites da discricionariedade conferida a esses agentes pela lei e pela Constituição.

Segundo Gilmar Mendes,

(...) a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.⁸

8 MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 06 maio 2014.

E prossegue o autor citando Schlink e Pieroth:

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).⁹

Sobre o princípio da proibição do excesso e a necessidade de controle judicial da discricionariedade legislativa, já discorreu o renomado José Joaquim Gomes Canotilho. A doutrina, elaborada com base na análise da Constituição Portuguesa, é plenamente aplicável ao nosso ordenamento jurídico, que consagra, da mesma forma, o princípio da proporcionalidade, como vimos. Confirma-se:

2.5. O princípio da proibição do excesso (art. 18, o/2)

Este princípio, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático (...), significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária

9 *Ibidem*.

quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos, relativamente aos direitos restringidos. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (= princípio da) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte cargas coactivas de direitos, liberdades e garantias, ou em relação aos resultados obtidos.

O princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do art. 18, o/2, constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou liberdade de conformação dos pressupostos das restrições de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.

(...)

A liberdade de conformação do legislador exige das entidades judiciais de controlo uma relativa prudência quanto à aplicação do princípio da proibição do excesso, mas elas não poderão abdicar de dar uma específica aplicação a este princípio, sobretudo quando está em jogo a apreciação de medidas especialmente restritivas (ex.: do exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação, petição colectiva e a capacidade eleitoral nos termos do art. 270.). O princípio da proporcionalidade terá ainda interesse para o eventual con-

trola preventivo da constitucionalidade da lei geral restritiva.¹⁰

A tese obteve reflexo no seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, em matéria diversa. Reconheceu o Plenário do STF a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por excesso legislativo. Nos termos do que importa aqui trazer da ementa:

(...) Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.¹¹

6. O debate à luz da jurisprudência.

Recentemente, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, declarou a constitucionalidade de referida norma, com argumentos contrários a essa tese. Assim restou redigida a ementa do julgamento:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793 60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 617/618.

11 STF, RE 197917/SP, Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 06/06/2002, DJ 07/05/2004.

art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu

origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.

- Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. *Habeas Corpus ex officio* não conhecido.¹²

Em seu voto condutor, a Desembargadora Federal Relatora para o acórdão, Dra. Diva Malerbi, sentenciou:

Com efeito, o bem jurídico tutelado pela norma penal de que aqui se trata, a saber, a saúde pública, é de suma importância, não se podendo sob qualquer pretexto descurar das desastrosas conseqüências em regra advindas da sua violação.

Sendo o direito à vida saudável um bem difuso, a todos comum, o delito que o ofende é classificado como formal e de perigo abstrato, presumido, donde o caráter marcadamente preventivo da norma penal incriminadora, destinada a dissuadir e coibir a prática dos comportamentos ofensivos, diante do seu alto potencial de dano para a coletividade. Não por outra razão, considerando sua expressiva reprovabilidade, houve por bem o legislador qualificar o crime como hediondo (art. 1º, VII-B, da Lei nº 8.072/1990) e impor-lhe a severa reprimenda aqui questionada, consoante, aliás, já foi reconhecido em precedentes das Turmas desta Corte, v.g., ACR nº 2009.61.16.001346-3, que, a propósito, trago à colação:

“PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE. PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA DO MEDICAMENTO E PARTICIPAÇÃO DO RÉU EM SUA INTERNAÇÃO EM TERRITÓRIO NACIONAL COMPRO-

12 TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

VADAS. CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA.

1. Denúncia que narra a prática dos crimes definidos no art. 33, c/c o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, e do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal. (...)

4. Não merece prevalecer a alegação de ser desproporcional a pena abstratamente imposta ao crime do art. 273 do Código Penal, sendo inconstitucional o preceito secundário dessa norma.

5. A elevada nocividade da conduta se infere da própria elementar do tipo, consistente na 'falta de registro no órgão de vigilância sanitária competente', fato que revela se tratarem de medicamentos que não têm sua segurança reconhecida pela agência federal de controle sanitário, de forma que seus efeitos podem acarretar sério risco a saúde da população e à própria vida daqueles que o consumirem, daí a opção do legislador pelo especial rigor na repressão e no apenamento do delito, bem como sua classificação no rol de crimes hediondos (art. 1º, VII,-B da Lei nº 8.072/90).

6. Não há nisso qualquer exagero por parte do legislador. Quem adquire substância entorpecente o faz sabendo de sua natureza, de seus malefícios e de seu caráter ilícito, e mesmo assim já se considera o seu tráfico ilícito um crime hediondo. Assim, com mais forte razão merece intenso repúdio e severa repressão a conduta de importar ou comercializar medicamento irregular, porque quem o consome não necessariamente tem conhecimento dessa ilicitude e certamente pensa que o faz em benefício de sua saúde, normalmente deixando de se submeter ao tratamento adequado, arriscando-se inconscientemente tanto pelos efeitos nocivos da substância como pela falta de outra recomendada por seu médico e autorizada pela agência federal.

7. Por tal razão, não caberia ao julgador, como pressuposto do exercício de sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito

secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de tipo na norma penal, função esta típica do poder legislativo e opção política não sujeita ao controle judicial. (...)

9. Apelação a que se nega provimento, para manter a condenação do réu pela prática do delito previsto no art. 273, § 1º-B, I, do CP em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada um fixado no valor unitário mínimo." (ACR nº 2009.61.16.001346-3/SP, Rel. Des. Federal Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, j. 26.10.2010, DE 19.11.2010.)

Não há que se falar, assim, em vício de inconstitucionalidade, por desproporcionalidade ou falta de razoabilidade, da pena fixada em abstrato pelo preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico protegido e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

De outra parte, tenho por inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, que se quer preconizar em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal. Entendo, nessa seara, que não cabe ao julgador, como pressuposto do exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial.

Nesse sentido, já decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, também em sede de argüição de inconstitucionalidade, ao examinar a questão ora em debate, consoante acórdão assim ementado:

“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. PROPORCIONALIDADE DA PENA. REJEIÇÃO. *NULLUN CRIME, NULA POENA SINE PRAEVIA LEGE*. Não se pode inquirir de inconstitucional a sanção prevista para o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins medicinais ou terapêuticos, apenas por se reputá-la desproporcional comparativamente a crimes considerados mais graves. Pretender aplicar analogicamente a pena de crime diverso (tráfico de drogas, art. 33 da Lei nº 11.343/2006) atenta contra o artigo 5º, XXXIX, da Lei Maior. A fixação em abstrato da pena correspondente é opção legislativa infensa à invasão judicial (questão política).

Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.”

(ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

Colho do voto condutor do aresto acima citado os seguintes fundamentos, aqui adotados como razões de decidir:

“(..)

A mera comparação de penas e de crimes, de acordo com o critério subjetivo de cada julgador sobre qual deles seria o mais grave, ou importaria lesão mais severa ao bem jurídico, para daí considerar inconstitucional a sanção, levaria ao completo caos. Tal ponderação é atribuição legislativa, que, de acordo com as circunstâncias da época e os critérios de mérito legislativo (questão política infensa à invasão judicial), considera certa conduta penalmente mais relevante do que outra, e fixa a pena correspondente. O exame da excepcional inconstitucionalidade das normas não pode se basear na simples comparação de delitos diversos, que tutelam bens jurídicos igualmente diversos, ainda que a pretexto de proporcionalidade.

Ademais, o principal, no caso dos autos, é que nunca, jamais e em tempo algum

a conclusão de inconstitucionalidade (se existisse) poderia servir a permitir ao Poder Judiciário, no intuito de interpretação e aplicação concreta das normas, a tarefa de substituir o legislador, aplicando penalidades por analogia. Se a pena fosse de todo inconstitucional, o próprio tipo cairia, pois *nullun crime, nula poena sine praevia lege*.

Mesmo que abstraído esse insuperável argumento técnico, soa destoante pretender aplicar penas diversas daquelas previstas expressamente em lei, toda vez que o magistrado se deparar com algo que considere desproporcional ou excessivo. Somente inconsistências graves, verificadas na comparação de delitos verdadeiramente assemelhados, poderiam levar a tal extremo, e com a necessária aplicação de institutos correlatos, mas não a inconstitucionalidade da pena, pois não se autoriza aplicar outra pena por analogia. Já não seria a analogia a bem da parte, pois se a pena existente é inconstitucional, aplicar outra é piorar a situação da parte, já que não haveria pena válida, no mundo jurídico.

(..)

A adoção de pena aplicada para crime diverso, ademais, levaria à inevitável dúvida de qual crime escolher para tanto, e se o crime de tráfico de drogas seria mesmo o mais apropriado. Poder-se-ia, por exemplo, pretender aplicar a pena de outros delitos previstos no mesmo capítulo dos crimes contra a saúde pública (..), como o de falsificação de produtos alimentícios (art. 272), com pena de 4 a 8 anos de reclusão e multa. E tal escolha, evidentemente, será sempre subjetiva e discricionária, e aí sim haveria grave ofensa à Lei Maior, pois não pode haver crime sem clara definição de sua pena (artigo 5º, XXXIX, da Lei Maior). Pior, definir o Judiciário a pena abstrata agride a lógica, pois sua função é, ponderando todos os elementos, definir a pena concreta.

A opção do legislador, portanto, ainda que por motivos e em circunstâncias

quicá reprováveis sob o ponto de vista da boa prática legislativa (...), foi pela punição mais severa do crime de falsificação de produtos com fins terapêuticos ou medicinais. Talvez o tenha feito em atenção, (...), à potencial vítima que procura o medicamento para obter cura ou tratamento, que mereceria, ao ver do legislador, proteção mais contundente que o potencial usuário de drogas. Basta considerar, por exemplo, o risco potencial oriundo da venda de fármaco adulterado ou não fiscalizado, a um número indeterminado de pessoas, danificando-lhes severamente a saúde e comprometendo a confiabilidade dos médicos, da indústria farmacêutica e do sistema de saúde como um todo. O legislador, evidentemente, considerou mais reprovável tal conduta do que outras, e apenas isso não é motivo para inquirir de inconstitucional a pena aplicada.

(...)

Quem quiser solução alternativa, ainda que convencido da desproporcionalidade, da pena, deve buscá-la em outros subsídios, tal como a admissão de que as circunstâncias atenuantes, excepcionalmente, possam abaixar a pena para aquém do mínimo legal, ao contrário do esposado na súmula nº 231 do STJ. Ou tal como a tese de ser possível a aplicação, por analogia, de causa de diminuição da pena base, prevista para outro tipo”.¹³

Sentencia por fim a ilustre Relatora que “o próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, também já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições

do Poder competente”¹⁴ e ainda sobreleva “a existência de julgados do E. Superior Tribunal de Justiça em que sufragado, com relação à utilização da analogia para aplicação de penas de outros crimes, o mesmo entendimento aqui perfilhado”, transcrevendo as respectivas ementas.¹⁵

Dos excertos do voto acima transcritos, ressaltam dois importantes argumentos, em contrário à tese aqui defendida, que se sagraram vencedores naquele julgamento: a gravidade do delito contra a saúde pública que tornaria razoável a pena mínima imposta ao delito e a deferência diante da opção política do legislador (*self-restraint*) em função do princípio da tripartição dos poderes.

Em relação a isso, há que se tecer alguns esclarecimentos, *com a máxima vênia* aos doutos entendimentos em contrário.

Em primeiro lugar quero deixar assente que não se põe em questão aqui a gravidade de importar, expor à venda ou vender medicamento *irregular*; e sobre isso, não há controvérsia. A conduta é grave – tanto assim que se a criminaliza –, é suficientemente grave para deixar de ser um irrelevante penal e, portanto, foi reputada crime, tipificada e não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância. Porém, não é isso que se discute, mas sim a proporção entre gravidade e pena, de equidade em relação a outras ações mais graves, de justiça, em última análise.

Não se olvida que as mesmas condutas, praticadas em relação a medicamentos *falsificados*, são gravíssimas, e estamos de pleno acordo em reputá-las até mesmo mais graves

13 TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

14 Acórdãos citados no texto do voto da E. Desembargadora Federal Relatora para o acórdão, em apoio a sua tese: STF, HC nº 109676/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 11/06/2013, DJe 14/08/2013; RE nº 443388/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 18/08/2009, DJe 11/09/2009.

15 Acórdãos citados pela E. Desembargadora Federal Relatora para o acórdão: STJ, REsp nº 10508890/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 13/12/2011, DJe 02/02/2012; HC nº 93870/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29/10/2009, DJe 23/11/2009.

que o tráfico de drogas, como em muitos julgados se aponta. De fato, o consumidor de drogas está ciente dos riscos do consumo da droga, o de remédios falsificados não está.

Mas não se trata aqui de medicamentos falsos, essa é a diferença que se aponta e que para os que se filiam a tese prevalecente neste julgado parece ser uma diferença de pouca relevância. Reputamos, contudo, essa circunstância reveladora de uma gravidade infinitamente menor que a de vender, importar, etc... *remédios falsos*, placebos, venenos disfarçados.

Trata-se aqui de conduta que visa a contornar proibições comerciais ou ultrapassar óbices burocráticos, não visa a causar dano à saúde, ainda que o controle estatal fundamente suas proibições nessa razão. De fato, é possível que dessa importação e/ou venda de medicamentos resulte danos à saúde pública, mas o perigo é muito menor, em se tratando de medicamentos verdadeiros. O perigo abstrato que o tipo presume resulta da burla ao controle sanitário brasileiro, considerando-se, em tese, que o órgão nacional competente pode ser mais diligente no controle de medicamentos que aqueles semelhantes órgãos de outros países, que liberaram a comercialização do fármaco em seus territórios. Além disso, é de se ponderar que agente não assume conscientemente a exposição a risco da saúde pública nesse tipo de comércio, dada a aprovação em outro país do remédio, que lhe dá contornos de licitude.

Quanto ao argumento de indevida interferência em decisão política do legislador, não colhe, em nosso entender, melhor sorte nessa hipótese.

Conforme a análise de lição de Mauro Capeletti da tripartição dos poderes e do sistema de freios e contrapesos:

(...) é difícil imaginar que algum sistema eficaz de controles e contrapesos possa hoje ser criado sem o crescimento e fragmentação do poder judiciário como acima se falou.

Desejo insistir nessa última assertiva,

porque entendo tratar-se de ponto de vital importância para a própria sobrevivência da liberdade nas sociedades modernas. Em realidade, estou profundamente convicto de que não existe qualquer probabilidade de tal sobrevivência, a menos que se assegure e mantenha um sistema equilibrado de controles recíprocos. Como escreveu com penetrante perspicácia Alessandro Pekelis, uma atividade legislativa ou administrativa eficaz de modo algum é incompatível com o controle judiciário da própria atividade, (...) antes a coexistência equilibrada de tal atividade e de seu controle representa a essência mesma do regime constitucional.¹⁶

Ademais disso, a constitucionalização dos direitos, que ganhou impulso no mundo principalmente após a II Guerra Mundial,¹⁷ trouxe ao Judiciário a tarefa de interpretar e aplicar princípios e conceitos indeterminados que implica em um inarredável papel de interferência na esfera da tradicional discricionariedade política. Como aponta Luís Roberto Barroso:

A Constituição faz a interface entre o universo político e jurídico, portanto sua interpretação terá sempre alguma dimensão política.¹⁸

16 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, reimpressão 1999, p. 53.

17 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65. Confira-se: "Realmente não se pode olvidar que o aparecimento e o florescimento da Justiça Constitucional acabam ocorrendo como uma alternativa ao modelo legalista, que entra em crise no início do Séc. XX, e como uma resposta aos abusos ocorridos especialmente após a II Grande Guerra Mundial (...) Nesse sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado)".

18 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revi-s>

E vai mais longe a análise de Zaffaroni:

Não se concebe um ramo do governo que não seja político, justamente porque seja governo. O sistema de *checks and balances* entre os poderes – ou funções, se se preferir – nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso. Por conseguinte, não seria possível “despolitizar” o judiciário no sentido amplo da função essencialmente política que ele cumpre.¹⁹

Nessa esteira, percebe-se que algum sentido político sempre haverá na decisão do juiz constitucional. A assepsia pretendida entre os poderes não é viável, nem desejável em nosso sistema constitucional. Não é viável, pois a Constituição prevê a interferência entre os poderes como pressuposto do sistema de freios e contrapesos. Não é desejável, pois esse sistema existe e foi idealizado para permitir um equilíbrio dinâmico entre os poderes. De outra parte, não se pode afirmar, nem mesmo historicamente, que o sistema de tripartição de poderes tenha sido concebido com divisões estanques entre as funções do Estado.

Nesse sentido, tomo de empréstimo a análise de Luis Manuel Fonseca Pires:

(...) a teoria da separação dos poderes ao longo dos séculos nunca se apresentou, tanto em sua proposição filosófica

quanto em sua posituação jurídica, com um caráter absoluto. Aristóteles apenas identificou as diferentes funções do Estado – deliberativa, executiva e judicial – sem sugerir a sua distribuição a distintos e independentes órgãos, tal como no século II a.C. propôs Políbio com o chamado “governo misto” e Cícero, ainda um século adiante, ao defender a combinação da monarquia, aristocracia e democracia. Se foi John Locke, em 1690, como Segundo Tratado sobre o Governo Civil, que formulou a outorga das diversas funções a órgãos distintos, o Legislativo, como vimos com Leonardo Paixão, deveria ter uma convocação temporária e periódica, e mesmo o mais famigerado de todos esses pensadores quanto à divisão das funções, Montesquieu, a função jurisdicional deveria ser exercida por apenas certo período do ano por um tribunal formado por pessoas do povo, o que em nada se aproxima do que se elaborou nos Estados Unidos da América com a atribuição à Suprema Corte, e não à câmara alta do Legislativo, da solução de conflitos entre os Poderes e ainda com a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis. Em suma, a divisão das funções e a distribuição destas aos diferentes órgãos nunca foi absoluta e estanque, e mesmo ao se partir da realidade positiva de nosso sistema jurídico, a independência entre os poderes reclama, em igual passo, a harmonia entre si (art. 2º da Constituição Federal), o que caracteriza, nos moldes delineados pela ordem constitucional, a realização do sistema de freios e contrapesos – isto é e em análise do presente tema, a indiscutível possibilidade, o dever, de o Judiciário intervir para recompor a ordem jurídica toda vez que esta for violada por ação ou omissão do Executivo.²⁰

Com efeito, na medida em que a Constituição Federal outorga ao Judiciário o papel

ta/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

19 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 93.

20 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da atividade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 289-290.

de seu guardião, o controle jurisdicional da atividade legislativa passa ser mais que uma prerrogativa, torna-se um dever constitucional da magistratura, atividade, função, inerente ao seu papel constitucional.

Esse poder de corrigir a atuação dos demais poderes também emana do povo, assim como o poder de legislar emana da vontade popular que elegeu democraticamente representantes para a elaboração da constituinte que resultou na Constituição de 1988.

Nas palavras de Aires Brito,

(...) uma coisa é governar (o que o Judiciário não pode fazer). Outra coisa é impedir o desgoverno (que o Judiciário pode e tem que fazer). É como falar: o Judiciário não tem do governo a função, mas tem do governo a força. A força de impedir o desgoverno, que será tanto pior quanto resultante do desrespeito à Constituição.²¹

Portanto, em relação à argumentação trazida no julgado do TRF da 2ª Região, adotado como razão de decidir pelo TRF 3ª Região, há que se fazer também algumas ressalvas, relativas ao tema aqui proposto, especialmente no que se refere à invasão da esfera de atuação legislativa.

Além disso, ao contrário do que se aponta naquela decisão, não se trata de inquirir de inconstitucionalidade o crime de falsificar medicamento. A questão debatida é a de importação de medicamento verdadeiro, fórmula que contém o princípio ativo do medicamento.

Já quanto à solução prática da incriminação da conduta, após a declaração da inconstitucionalidade da norma, estamos particularmente de acordo que a analogia ao crime de tráfico de drogas não é a solução

mais adequada, ainda que haja vozes abalizadíssimas nesse sentido, como por exemplo, a de Guilherme Souza Nucci e, nesse julgamento específico, a do E. Relator Desembargador Federal Márcio Moraes.

A solução me parece de proporcional justiça, e vem tecida com respeitáveis argumentos, os quais não deixarei de expor aqui, mas, em meu entender, não contém a melhor técnica. É sem dúvida um caminho mais equitativo a seguir que o adotado pelo legislador, mas a solução de melhor técnica seria outra, como discorrerei adiante, não sem antes declinar os fundamentos do voto vencido no citado julgamento, com os quais me alinho, salvo em relação à analogia pretendida.

O E. Desembargador Federal Relator Márcio Moraes julgava aduzindo a seguinte:

A origem da Lei nº 9.677/98, que alterou o art. 273 do Código Penal, é, reconhecidamente, conturbada, resultando de intensa pressão midiática sobre os legisladores quanto à edição de norma aparentemente capaz de conferir uma resposta rápida e rígida aos criminosos que falsificavam medicamentos.

É, antes de tudo, fruto da adoção, entre nós, de uma política criminal extremamente punitivista, no âmbito da qual se enxerga o direito penal como meio simplista de controle das mais variadas formas de criminalidade, convergindo para a edição de leis modificativas que ora fomentam as penas, ora limitam benefícios aos acusados, sem maiores preocupações com os cânones constitucionais, e com as relevantes questões sociais e políticas que germinam a violência em nosso País, de molde a fascinar uma expressiva camada da população atribulada com o recrudescimento da violência.

Ao tempo da edição da sobredita Lei, grassava na sociedade intensa quantidade de medicamentos falsificados – notícias da época, mencionadas por Antonio Lopes Monteiro na obra “Crimes Hediondos” (7ª ed., SP, Ed. Saraiva,

21 BRITO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. *Apud* PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da atividade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 291.

2000), davam conta da descoberta de 138 pretensos fármacos nessa situação – vale dizer, desprovidos do princípio ativo da droga original, do que, inclusive, decorreram óbitos. Cite-se, à guisa de ilustração, a falsificação ocorrida no medicamento Androcur, propenso ao tratamento de câncer de próstata, de contornos desastrosos, considerando que a maioria dos usuários do pretense medicamento era formada por pessoas idosas, algumas das quais chegaram a falecer à míngua do princípio ativo do remédio.

Nesse cenário é que o legislador, à vista do clamor popular, intensificado na mídia em forma de espetáculo, editou tanto a Lei nº 9.677/98, que alterou o tipo previsto no artigo 273 do diploma substantivo penal, como a Lei nº 9.695/98, categorizando como hediondo tal delito. (...)

A propósito, merece lida a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

“Para um delito de perigo abstrato, criou-se a impressionante cominação de 10 a 15 anos de reclusão, algo equivalente a um homicídio qualificado. Há condutas tipificáveis nesse artigo, que são nitidamente pobres em ofensividade, razão pela qual jamais poderiam atingir tais reprimendas. (...) Há relevância jurídica em punir tais atitudes, mas o ponto fulcral é a absurda penalidade inventada pelo legislador sem qualquer critério. Diante disso, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, muitos julgados têm optado por soluções alternativas: alguns absolvem, alegando falta de provas (quando elas, na verdade, estão presentes); outros preferem usar a analogia *in bonam partem*, aplicando a pena do tráfico de drogas – o que me parece a mais sensata; terceiros, ainda, simplesmente, ignoram a pena e punem tal como prevê a lei (...).”

(“Código Penal Comentado”, Guilherme de Souza Nucci, 11ª ed., SP, Ed. RT, 2012). À sua vez, leciona Miguel Reale Junior: “A aberrante desproporção entre a gravidade do fato de vender remédio,

cosmético ou saneante sem registro e a gravidade da sanção cominada impõe que se reconheça como inafastável a inconstitucionalidade da norma penal do art. 273, § 1º-B, do CP, introduzido pela Lei nº 9.677/98 e do art. 1º da Lei nº 9.695/98, em virtude de lesão a valores e princípios fundamentais da Constituição”.

(“A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios”, Miguel Reale Junior, RT 763/415 *in* “Código Penal Comentado”, Celso Delmanto, 8ª ed., Ed. Saraiva, 2010).²²

No excelente voto, o E. Desembargador Federal traça um panorama sobre o assunto na jurisprudência brasileira, em que ressalta a existência de decisões divergentes nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça. Destaco dessa passagem o seguinte:

De seu turno, o e. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* firmou posicionamento no sentido de que, apesar de não haver inconstitucionalidade nas penas do artigo 273 do Código Penal, as mesmas mostram-se desproporcionais, devendo, assim, serem substituídas por aquelas previstas para o crime de tráfico de entorpecentes, com fundamento, essencialmente, na aplicação da analogia *in bonam partem* (cf., nesse sentido, AC nº 0006405-68.2008.404.7002, Rel. Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira, j. 02/04/2013). Cuida-se, aliás, de entendimento já adotado no âmbito do c. *Superior Tribunal de Justiça*, segundo o qual a pena prevista para o aludido dispositivo mostra-se excessiva, desproporcional, tocando ao Judiciário promover o ajuste da norma, conforme princípios constitucionais (v. REsp nº 915442/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/12/2010, DJe. 01/02/2011

²² TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

e, no mesmo sentido, HC nº 265912, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 08/03/2013, DJe 12/03/2013).²³

E sobre o argumento de indevida incurção na discricionariedade legislativa, acrescentou:

Deveras, a proporcionalidade, na seara penal, tem grande espectro, controlando a atividade do legislador, do magistrado e do juiz da execução. Concentremo-nos no aspecto legiferante, e, aí, veremos que, nesse campo, é fecunda a incidência do cânone em testilha, zelando-se pela correlação lógica entre o comportamento descrito e a penalização que lhe é prevista; entre as várias penas cominadas aos demais delitos integrantes do código e das legislações especiais; e, finalmente, entre as penas atribuídas aos delitos de resultado e os de mera conduta. *Em outros dizeres: o legislador, ao contrário do que se pode crer num primeiro momento, não é absolutamente livre para instituir delitos e penas como melhor lhe aprouver, devendo, sempre, se pautar pelo princípio da proporcionalidade, dentre outros a obtemperar-lhe o arbítrio.* (destaquei)

(...)
Ainda que seja difícil – ou mesmo impossível – estabelecer critérios para a proporção absoluta entre crime e pena, é possível estabelecer critérios gerais relativos que ao menos tornem coerente o ordenamento do ponto de vista da proporcionalidade. Esta coerência – ao menos dentro do Estado Democrático de Direito que se pauta pela proteção das expectativas de dignidade – exige a intensificação da pena quanto mais importante o bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão a este mesmo bem, e quanto mais reprovável o elemento subjetivo da conduta. (destaques do Relator)²⁴

Após longa exposição doutrinária sobre o princípio da proporcionalidade arremata:

Vê-se, pois, que a doutrina é fecunda ao apregoar a necessidade do legislador observar o princípio da proporcionalidade, de matiz constitucional, sob pena de incorrer em afronta ao Texto Excelso, contrastável na via judicial. *Não se discute, assim, a adoção desta ou daquela política legislativa, que se encerra na margem de discricionariedade franqueada aos representantes do povo, mas sim a obrigatoriedade dessa atuação pautar-se nos termos constitucionais* – muito embora seja forçoso reconhecer que as respostas açodadas do Parlamento aos anseios da sociedade, quase sempre divulgados pelos meios de comunicação a seu talante, venham esbarrando, não raro, na Carta Magna, por exasperada que sejam. (destaques do Relator)²⁵

O voto do E. Desembargador Federal Márcio Moraes é de inegável consistência jurídica. Bem demonstra que não se pretende substituir meramente o juízo de *discricionariedade legislativa* por uma *discricionariedade judicial* um mero juízo de conveniência e oportunidade por aplicação quase subjetiva dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que é vedado fazer.

Com efeito, o voto se apoia em argumentação jurídica sólida, decorrente da demonstração dessa desproporção aberrativa, pela análise comparativa de outros crimes tipificados no Código Penal, através da qual demonstra a violação do critério de proporção de penas do próprio sistema penal tal qual imposto pelo legislador. Por consequência, evidencia que a sanção aqui debatida fere a ideia de resposta penal adequada do ponto de vista do princípio da isonomia. Não posso deixar de transcrever o seguinte excerto:

²³ *Ibidem.*
²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

Tal o cenário, *para os casos em que a potencialidade ofensiva não se mostra concreta*, bem se vê a aberração encetada pela legislação em discussão, no que tange à pena mínima contida no preceito secundário cominado, mormente se considerarmos que o delito de que se cuida é de perigo abstrato. *E, a um crime desse naipe, é atribuída pena mínima assaz superior às irrogadas a severos crimes de dano.*

Para bem se ilustrar a distorção contemplada pelo artigo 273 do Código Penal, à guisa de parâmetro, é válido incursionar no preceito secundário de alguns dos mais graves crimes categorizados em nossa ordem positiva. A desproporção em certas situações se afigura aberrante. Assim é que, para o *homicídio doloso simples*, insculpido no artigo 121, *caput*, do CP, o legislador houve por estatuir pena de *reclusão de 06 a 20 anos*, é dizer, a pena mínima é quase a metade da pena mínima instituída para o delito do artigo 273.

No que diz com o *homicídio culposo* (artigo 121, § 3º, do CP), giza-se pena de *DETENÇÃO de 01 a 03 anos*, ou seja, a pena mínima fixada ao crime do artigo 273 é três vezes superior à máxima fixada para este crime.

Com pertinência ao *aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante* (artigo 125 do CP), consignase pena de *reclusão de 03 a 10 anos*, ou seja, a máxima equivale à mínima registrada à figura penal ora tratada. No que tange à *lesão corporal seguida de morte* (artigo 129, § 3º, do CP), é assentada pena de *reclusão de 04 a 12 anos*: mínima e máxima substancialmente inferiores às categorizadas para o crime a respeito do qual gravita esta arguição de inconstitucionalidade.

Por fim, no que concerne ao *roubo* (artigo 157, *caput*, do CP), prescreve-se pena de *reclusão de 04 a 10 anos e multa*, importando dizer que a pena mínima cominada é menos da metade da irrogada ao crime do artigo 273, e mais, a pena máxima prevista para o roubo

corresponde à mínima consagrada para o do artigo 273.

Alguns entendem serem inválidas tais comparações, fulcrados no argumento de que o crime do artigo 273 do Código Penal tem por objetividade jurídica a saúde pública, é dizer, visa à proteção de toda a sociedade, ao passo que os demais delitos cotejados têm objetos jurídicos diversos, mirando a proteção de pessoa determinada. Com a devida vênia dos que compartilham desse entendimento, temos esse raciocínio por indevido, pois o crime do artigo 273 do CP é crime formal, em ordem a inexigir, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, enfeixado na efetiva existência do resultado danoso. É, sim, tipo de perigo abstrato, ao passo que, nos outros delitos que enumeramos exemplificativamente, a efetiva lesão há de existir, motivo pelo qual, pensamos, devem ser apenados, em linha de princípio, de forma mais severa.

Ao demais disso, aos que não concordam com tal entendimento, destaco que existe uma figura bem parelha à ora examinada, a atingir, de igual, toda a coletividade e para a qual se comina pena mínima substancialmente inferior à atribuída ao delito em causa. Estamos a falar do tipo definido no artigo 272 do Código Penal, que versa a respeito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produto alimentício*, para cujo cometimento está estipulada sanção de *reclusão de 04 a 08 anos e multa*.

De igual modo, o crime de *tráfico ilícito de drogas* – artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 –, que tal qual o crime do artigo 273 do Código Penal, é de perigo abstrato e tem como objetividade jurídica a saúde pública, afetando um número indeterminado de pessoas, além de ser, igualmente, hediondo. Nada obstante, é apenado com pena de *reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, além do pagamento de 500 a 1.500 dias-multa*. Nesse cenário, difícil sustentar a diferenciação de pena mínima estipulada

entre um e outro delito. A ilustrar tal distorção de tratamento, imagine-se a seguinte situação hipotética:

Voltando de viagem ao Paraguai, “José” foi preso por autoridades brasileiras em razão de ter adquirido, no comércio local daquele país, dado que mais baratos, medicamentos destinados ao tratamento de doença crônica do seu genitor. Tais medicamentos, sabe-se, são legítimos, sendo vendido, aqui no Brasil, produto similar. Na mesma ocasião também restou preso “Paulo”, que trazia, em sua bagagem, certa quantidade de cocaína para revenda. “José” foi enquadrado no § 1º-B do artigo 273 do codex penal, enquanto “Paulo” restou incurso no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. As circunstâncias judiciais e as condições pessoais dos acusados não recomendam a apenação acima do mínimo legal, além de inexistirem, nos tipos, causas de aumento de pena. Nesse contexto, pergunta-se: Mostra-se razoável impor pena de 10 (dez) anos a “José” – que buscava o tratamento do seu genitor de forma menos custosa – e de 05 (cinco) anos a “Paulo” – traficante de drogas? Essa situação repugnante ao senso mínimo de justiça levaria ao absurdo de apenar-se mais gravemente o tráfico de drogas lícitas que as ilícitas.

O que se busca aqui é evidenciar a desproporção da pena mínima estabelecida para o tipo do artigo 273 do Código Penal em face de outros delitos, igualmente, ou até mais gravosos à sociedade, mediante a demonstração da impropriedade da imposição de tão grave reprimenda – pena mínima de 10 (dez) anos – *àquelas hipóteses em que a conduta do agente pouca ou nenhuma ofensividade causou à sociedade*. (destaques do Relator)²⁶

Prossegue em outra passagem, o E. Desembargador Federal a ilustrar situações anômalas geradas pela aplicação dessa norma penal:

Mais uma vez, para bem ilustrar a situação, imagine-se o seguinte fato: houve a prisão, pelo delito tipificado no § 1º-B do artigo 273 do CP, de uma dona de casa que, voltando de viagem de turismo ao exterior, trouxe, para familiares, cosméticos (batons, xampus, etc.), alguns dos quais, soube-se depois, necessitavam de registros no órgão de vigilância sanitária competente. Assim, pergunta-se: qual a ofensividade dessa conduta? qual a razoabilidade em impor pena de 10 (dez) anos a essa pessoa? A resposta, para ambos os questionamentos, é uma só: nenhuma!

Destaque-se, outrossim, que os limites estipulados para a pena do artigo 273 do Código Penal – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos – ofende, além do princípio da proporcionalidade, o preceito constitucional da individualização da pena, ante a larga diversidade de condutas previstas no tipo e a nenhuma margem que o julgador possui para fixação mais atenuada da reprimenda. Por esse princípio, previsto no inciso XLVI do artigo 5º da CF/88, a pena imposta ao infrator deve ser personalizada e particularizada, levando-se em conta a natureza e as circunstâncias dos delitos, bem assim as características pessoais do infrator, impedindo-se, desse modo, a padronização de sanções penais. Ora, frente a duas infrações ao artigo 273 do CP, uma de pouquíssima gravidade (a dona de casa do conto acima que “importou” cosméticos) e outra gravíssima (o falsificador contumaz de medicamentos destinados à cura de doenças graves), a permanecer a atual redação do preceito secundário do referido dispositivo, o julgador se verá na contingência de estabelecer pena de 10 anos à conduta menos gravosa e não mais que 15 anos àquela de muito maior gravidade, o que, convenhamos, ofende tanto o princípio da individualização da pena, como o da proporcionalidade, a que tanto nos referimos. (destaques do Relator)²⁷

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

E sobre a possibilidade de ingresso na seara da discricionariedade legislativa na fixação da pena, registre-se, como registrado no citado voto, o entendimento do E. Ministro Celso de Mello, manifestado em decisão liminar:

RECEPTAÇÃO SIMPLES (DOLO DIRETO) E RECEPTAÇÃO QUALIFICADA (DOLO INDIRETO EVENTUAL). *COMINAÇÃO DE PENA MAIS LEVE PARA O CRIME MAIS GRAVE (CP, ART. 180, "CAPUT") E DE PENA MAIS SEVERA PARA O CRIME MENOS GRAVE (CP, ART. 180, § 1º). TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO "IN ABSTRACTO" DA PENA. LIMITAÇÕES MATERIAIS QUE SE IMPÕEM À OBSERVÂNCIA DO ESTADO, QUANDO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS. A POSIÇÃO DE ALBERTO SILVA FRANCO, DAMÁSIO E. JESUS E DE CELSO, ROBERTO, ROBERTO JÚNIOR E FÁBIO DELMANTO. A PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO BÁSICO DE CONTENÇÃO DOS EXCESSOS DO PODER PÚBLICO. O "DUE PROCESS OF LAW" EM SUA DIMENSÃO SUBSTANTIVA (CF, ART. 5º, INCISO LIV). DOUTRINA. PRECEDENTES. A QUESTÃO DAS ANTINOMIAS (APARENTES E REAIS). CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO ABROGANTE. EXCEPCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (destaquei)²⁸*

Portanto, fica evidente que o legislador desbordou dos limites de sua discricionariedade na hipótese, tornando curial a incursão do Judiciário com vistas à correção dessa

decisão política. Isto só excepcionalmente se admite – porém, resguardados certos limites –, constitui-se em função do Juiz Constitucional, autorizada no caso em questão por tratar-se, evidentemente, do exercício de função de *justiça corretiva* e não de *justiça distributiva* própria do legislador.

Na hipótese aqui tratada, a desproporção é tão evidente que mais do que legitimar a incursão da função jurisdicional nesse juízo de proporcionalidade, faz exigir correção pelo Judiciário, que *deve* agir nos termos e nos limites de sua função constitucional, afastando a aplicação dessa norma de iniquidade gritante, de forma a garantir a unidade e coerência do sistema penal.

Com efeito, a unidade e ordenação do Direito, que segundo Claus-Wilhelm Canaris são os pressupostos da existência de um sistema jurídico, decorrem, necessariamente, do postulado da igualdade, da justiça como equidade. Nas palavras do renomado jurista alemão:

Assim a exigência de "ordem" resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar "consequentemente" os valores encontrados, "pensando-os, até ao fim", em todas as consequências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, – ou, por outras palavras: estão adstritos a *proceder com adequação*. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da "ordem" no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito, – o que, por exemplo, FLUME, seguindo SAVIGNY, certamente exprime quando caracteriza o sistema como "a consequência do Direito, interiormente pressuposta". *De modo se-*

²⁸ STF, HC nº 92525/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, j. 31/03/2008, DJe 03/04/2008.

melhante, também a característica da unidade tem a sua correspondência no Direito, embora a idéia da “unidade da ordem jurídica” pertença ao domínio seguro das considerações filosóficas. Também esta não é, de modo algum, apenas um “postulado lógico-jurídico”, antes se reconduzindo, da mesma forma, ao princípio da igualdade. Por um lado ela constitui – nos seus, por assim dizer, componentes negativos – apenas de novo uma emanação do princípio da igualdade, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica (o que já está abrangido pela idéia de adequação, e por outro – no seu componente positivo ela não representa mais do que a realização da “tendência generalizadora” da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios, abstractos e gerais. Através deste último, garante-se que a “Ordem” do Direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos, e com isso fica também demonstrada a efectividade da segunda característica do conceito de sistema, da unidade.²⁹

Daí se infere que o juiz não pode prescindir na sua atividade de interpretar e integrar o ordenamento, de modo a conferir-lhe a coerência sistemática na qual a própria ideia de sistema se apoia e sem a qual não pode existir, – da ideia de justiça como igualdade, proporcionalidade no tratamento entre situações evidentemente desiguais. A esses postulados se submetem tanto o juiz quanto o legislador.

Fixada essa premissa, é preciso arrematar a questão analisando quais seriam as reais

consequências jurídicas dessa declaração no caso concreto, no que tange à repressão da conduta analisada.

7. A inconstitucionalidade da norma e a adequada subsunção do fato.

Primeiramente, cumpre anotar, como se deixou antever, que a conduta nos parece passível de tutela pelo Direito Penal, já que dela se pode presumir um perigo abstrato à saúde pública. Não é o caso de chegar-se a imputá-la materialmente atípica pela insignificância ou adequação social, pois contém o perigo abstrato, hipotético, de causar dano à saúde pública.

Portanto, não há dúvida de que o legislador, ao criminalizar a conduta, agiu dentro dos limites de sua função discricionária de estabelecer, fragmentariamente, dentre os interesses tuteláveis pelo direito, os mais graves, pinçando-os para a tutela penal.

A inconstitucionalidade da norma, contudo – considerado para esse fim incindível o conjunto da conduta proibida e da sanção, os preceitos primário e secundário –, não resulta em impunidade desse ilícito.

O próprio ordenamento jurídico penal prevê para o caso sanção compatível à gravidade em termos da gradação proporcional.

Na verdade, a norma do artigo 273, § 1º-B, I, é especial em relação a outra norma, a do artigo 334-A, § 1º, II, IV ou V, do Código Penal,³⁰ que dispõe:

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadorias proibidas: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 18-20.

³⁰ Para fatos ocorridos antes da publicação Lei nº 13.008, de 26/06/2014, seria igualmente possível o enquadramento no artigo 334, cuja redação foi modificada por aquela lei.

(Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

(...)

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

(...)

IV - 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 proibida pela lei brasileira; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14/07/1965)

(...)

Ao excluir-se a aplicação do artigo 273, § 1º e § 1º-B, I, por inconstitucionalidade, a conduta não cai no vazio da impunidade, pois há tipo penal incriminador vigente para a hipótese: a ação aqui comprovada permanece típica, pois se subsume ao artigo 334-A e seus incisos do Código Penal, que consiste em importar mercadoria proibida de qualquer tipo, comercializá-la, ou expô-la à venda.

Aqui faço um aparte para abordar uma outra vertente que tem surgido na jurisprudência, a analogia com o tráfico de drogas, tese à qual filou-se o voto acima transcrito, basicamente, por não ser vedada a analogia que, em última análise, viesse em benefício do réu. Segundo aqueles que defendem essa tese, seria uma analogia *in bonam partem* indireta, eis que o resultado da decisão que

a aplica é benéfico, ainda que na raiz não o seja. Explicarei em seguida.

Como defendeu o E. Desembargador Federal Márcio Moraes no voto acima citado:

Deveras, o entendimento segundo o qual a aplicação da analogia *in bonam parte* encontra óbice no princípio da estrita reserva legal é, a nosso sentir, incoerente. Porquanto a estrita legalidade é garantia constitucional outorgada ao acusado, salvaguardando-o da atuação do Estado, carecendo de sentido invocá-la para inibir interpretações que lhe sejam favoráveis.³¹

Com efeito, em que pese parecer solução razoável no sentido de se cominar uma sanção dentro de um rigor mais próximo do proporcional, não acintosamente desmedido e ainda adequado até do ponto de vista do bem jurídico tutelado por ambos os preceitos – a saúde pública –, implicaria, na verdade, tecnicamente, em analogia *in malam partem*, vedada – e, nesse passo, acabaria resvalando para o exercício indevido da atividade legislativa pelo Judiciário.

Isso porque retirada a norma do sistema por inconstitucionalidade, de duas uma: ou a conduta não restaria tipificada, ou restaria tipificada em outra norma que a abarcasse. Declarar inconstitucional a norma e subsumir a conduta ao tráfico de drogas, significaria ou a incriminação de um comportamento *atípico por equiparação* e, nesse sentido, uma analogia *in malam partem*, ou, em se



31 TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

adotando a tese de incriminação pelo 334-A, uma *analogia* também *in malam partem* pela regra da especialidade em relação ao bem jurídico tutelado (saúde pública), pois a norma do artigo 334-A é mais benéfica.

Isso porque a norma inconstitucional é aquela que não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico, por incompatibilidade hierárquica. A ação descrita e apenada *em norma inválida*, cuja inconstitucionalidade se reconhece, *seria, por consequência, lícita*. Portanto, seria vedada a analogia para incriminá-la, em virtude de outro princípio, o da reserva legal: *nullum crimen, nula poena sine praevia lege*.

Daí que equiparar essa conduta ao tráfico de drogas, norma especial, dirigida a incriminar o comércio das substâncias tidas por entorpecentes por portaria do Ministério da Saúde, é realizar a analogia incriminadora, vedada.

Feito esse parêntesis, e voltando ao já exposto, entendo que a conduta se subsume perfeitamente ao crime do artigo 334-A, de contornos mais genéricos para as importações proibidas (contrabando) ou desacompanhadas da documentação de regularidade fiscal (des-caminho) e ao comércio respectivo.

O fato de o contrabando não tutelar especificamente a saúde pública não é relevante, pois a circunstância pode ser aquilatada na pena base. Lembro, a reforçar essa tese, que o STF equiparou a contrabando a importação de cloreto de etila (vulgo lança-perfume),³² substância estupefaciente que foi por algum tempo retirada do respectivo rol oriundo de portaria do Ministério da Saúde. Trata-se de questão sanitária, por óbvio, e o cloreto de etila voltou a ser considerado substância entorpecente após a *abolitio criminis* reconhecida pelo STF na citada decisão. Mas a Corte autorizou fosse a conduta enquadrada no contrabando por falta da previsão legal

específica na data dos fatos.

Desta maneira, retirada a previsão do artigo 273, § 1º-B, I, norma especial em relação a importação e comércio dos medicamentos aqui tratados no território nacional, a conduta continua incriminada pelo ordenamento jurídico, subsumindo-se perfeitamente à descrição típica feita pelo artigo 334-A do Código Penal.

Feito o enquadramento no artigo 334-A do CP, em meu entender, nada impede que se gradue a pena base levando em consideração a gravidade especial dessa forma de contrabando, na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59. Nessa fase, poder-se-ia analisar com mais especificidade o desvalor particular da conduta, ou as consequências potenciais daquele crime, tendo em mente o bem jurídico protegido: *a higidez e segurança do sistema sanitário*.

Em assim se procedendo, não se correria o risco de pena desproporcional para menos, isto é, muito branda para o delito contra o bem jurídico saúde pública, sem incorreremos na aplicação de sanção obviamente desproporcional pelo excesso do gravame.

8. Conclusão.

Em resumo, o excesso praticado pelo legislador na hipótese é tão evidente que legítima a incursão do Poder Judiciário em um juízo de constitucionalidade do tipo penal, em virtude da sanção aplicável, de modo a declará-lo incompatível com a Constituição Federal.

Dito isso, ainda que o tipo seja inválido em virtude de inconstitucionalidade, a conduta permanece tipificada no Código Penal em virtude do princípio *lex specialis non derogat generalis*: plenamente vigente, o artigo 334-A do Código Penal abarca a questão e consiste em instrumento adequado para a punição deste crime com o devido rigor, especialmente se considerados eventuais aspectos

³² STF, HC 68904/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 17/12/1991, DJ 03/04/1992.

relativos à saúde pública na primeira fase da dosimetria da pena, adequando-se a norma do artigo 334-A à relevância do bem jurídico protegido especialmente, a saúde pública.

A analogia com o tráfico de drogas não seria a melhor solução por consistir, tecnicamente, em analogia *in malam partem*, já que a declaração de inconstitucionalidade retira a norma especial do sistema. A conduta não se enquadra no crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 e, portanto, se trata de analogia. A analogia é em desfavor do agente, pois se a ação deixa de ser punível, ou se for punível validamente por norma mais benéfica, como se sustenta, enquadrá-la no tráfico seria analogia *in malam partem*.

Considero, contudo, como já concluímos, que a comportamento permanece punível, com descrição típica adequada, porém, unicamente pela subsunção ao artigo 334-A do Código Penal, o que dispensaria qualquer analogia.

O Direito existe como sistema e não como um aglomerado de normas desconexas. A segurança jurídica se apoia na sua ideia de unidade e ordenação, cujo amálgama é o princípio da igualdade, da justiça como equidade, que pressupõe tratamento desigual a situações díspares e tratamento proporcional na medida dessas desigualdades.

Bibliografia.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRITO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. *Apud* PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da atividade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009.

BUSCEMI, Nina *et al.* Efficacy and safety of exogenous melatonina for secondary sleep disorders and sleep disorders accompanying sleep restriction: meta-analysis. *BMJ*, v. 332, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1370968/>>. Acesso em: 06 maio 2014.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, reimpressão 1999.

DALL'OLIO, Giancarlo *et al.* Agranulocitose induzida por dipirona. *Revista Brasileira de Medicina*, Grupo editorial Moreira Jr., v. 60, n. 9, set. 2003. Disponível em: <http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=2396>. Acesso em: 06 maio 2014.

GEPEC – Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaio Clínicos. *Como a ANVISA vê o uso off label de medicamentos*. Brasília, 23 maio 2005. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

_____. *Como a ANVISA avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Brasília, 20 jan. 2005. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 06 maio 2014.

PASTORE, Karina. O paraíso dos remédios falsificados. *Revista Veja*, 08 jul. 1998. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html>. Acesso em: 06 maio 2014.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da atividade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009.

PREVIDELLI, Amanda. 5 medicamentos proibidos lá fora e comercializados no Brasil. *Revista Exame.com*, 18 fev. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/5-remedios-proibidos-la-fora-e-comercializados-no-brasil?p=4>>. Acesso em: 06 maio 2014.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRF 3ª REGIÃO, Arg Inc 0000793-60.2009.4.03.6124/SP, Órgão Especial, Relator originário Desembargador Federal Márcio Moraes, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 14/08/2013, e-DJF3 23/08/2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0003381-16.2003.4.03.6103
(2003.61.03.003381-2)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 1456519
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2014

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REEXAME NECESSÁRIO - PRELIMINARES - ESTAÇÃO FERROVIÁRIA DESATIVADA - MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - CLASSIFICADA PELA LEI Nº 4.943/96 COMO ELEMENTO DE PRESERVAÇÃO - MEDIDA ACAUTELATÓRIA - IMPOSIÇÃO À UNIÃO FEDERAL E AO IPHAN A ADOÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO - ADOÇÃO DE MEDIDAS DE CONSERVAÇÃO MÍNIMAS - CUSTEADAS PELO FUNDO DE PRESERVAÇÃO MUNICIPAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS.

1. Submetem-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças que reconhecerem a carência da ação ou julgarem improcedentes os pedidos deduzidos em sede de ação civil pública, por força da aplicação analógica da regra contida no art. 19 da Lei nº 4717/65.

2. É certa a legitimidade ativa do Ministério Público Federal com fundamento no art. 129, *caput* e inciso III da Constituição Federal do art. 6º, VII, "a" da Lei nº 75/93 e art. 5º da Lei nº 7.347/85.

3. A União Federal, sucessora da extinta RFFSA, possui, nos termos da Lei nº 11.483/07, legitimidade passiva para o feito, bem assim o IPHAN, a teor do art. 9º do aludido diploma legal.

4. Estação Ferroviária situada no Município de São José dos Campos, desativada, classificada pela Lei nº 4.943/96 como elemento de preservação 2 - EP-2, com suporte na Lei nº 3.021/85.

5. O art. 24 da Constituição Federal, ao versar sobre legislação concorrente, expressamente dispõe competir à União Federal o estabelecimento de normas gerais sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, e, caso não editadas, a competência suplementar passa aos Estados, nunca aos Municípios.

6. O art. 30 da Constituição Federal expressamente confere aos Municípios competência para legislar sobre assuntos locais e proteger seu patrimônio histórico-cultural.

7. O art. 216, § 1º, c.c. arts. 23, III e 30, IX da Constituição Federal dispõem competir ao Município promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, valendo-se de medidas acautelatórias, dentre elas o tombamento, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

8. A classificação da estação ferroviária como elemento de preservação pelo Município de São José dos Campos não é inválida e não fere dispositivo constitucional ou legal. Todavia, de tombamento não se trata, por não ter sido reconhecido como patrimônio de

valor histórico, cultural ou artístico em nível nacional, a teor do Decreto-lei nº 25/37. 9. Impossibilidade de se determinar à União Federal e ao IPHAN a adoção de medidas acautelatórias baseadas em legislação municipal de interesse local, porquanto não inserido o bem na categoria de imóvel tombado, à luz do Decreto-lei nº 25/37, não sendo legítima a imposição do Município.

10. Relativamente ao IPHAN, entidade com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, sucessora do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, encarregado por zelar pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, sobretudo pelos bens que, considerando sua importância nacional de caráter histórico, cultural e ambiental, tenham sido tombados, lhe compete, nos termos do art. 9º da Lei nº 11.483/2007 receber, administrar, zelar pela guarda e conservação de bens móveis e imóveis recebidos da extinta RFFSA, de natureza operacional ou não operacional, desde que qualificados como de valor cultural, artístico ou histórico.

11. Ocorre que, não havendo tal reconhecimento na Lei nº 11.483/2007, tampouco tendo sido tombado em nível nacional, tal como determina o Decreto-lei nº 25/1937, afasta-se a responsabilização do IPHAN, como postulado no feito.

12. Relativamente à União Federal, impõe-se considerar ter sucedido a extinta RFFSA em direitos, obrigações, tendo sido a ela transferidos os bens imóveis da extinta RFFSA, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.483/07, mas como dito acima, a conservação do imóvel dependeria do tombamento.

13. Nesse sentido, a adoção de medidas de conservação mínimas e reputadas de relevância pelo município deverão ser por ele custeadas.

14. Com efeito, a Lei nº 3.021/1985, ao criar elementos de preservação instituiu o Fundo de Preservação Municipal para proceder aos reparos, de acordo com a atribuição do art. 30 da Constituição Federal.

15. Eventual exigência de atuação nos moldes pleiteados pelo autor da ação estaria sujeita inequivocamente à observância de princípios que norteiam a atuação pública, quais seja, razoabilidade e disponibilidade financeira, quer da União Federal, quer do IPHAN.

16. Honorários advocatícios indevidos, a teor dos arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85.

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, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de outubro de 2014.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União Federal e do IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para compeli-los

a adotar medidas necessárias à recuperação e preservação da Estação Ferroviária Engenheiro Martins Guimarães, conforme projeto a ser elaborado e apresentado ao Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Artístico, Paisagístico e Cultural - COMPHAC de São José dos Campos.

Sustenta-se a responsabilidade da União Federal, sucessora da RFFSA e proprietária do imóvel e o IPHAN, autarquia federal responsável pela proteção do patrimônio histórico nacional pela preservação do bem, em face do disposto no art. 216, § 1º da Constituição Federal e da declaração do município de São José dos Campos, nos termos da Lei Municipal nº 4.943/96 de que o imóvel é de interesse para fins de preservação como elemento no grau 2, segundo classificação prevista na Lei Municipal nº 3.021/85.

A sentença julgou improcedente o pedido, por não se tratar de imóvel tombado, não sendo a Lei nº 4.943/96 hábil a determinar à União Federal, proprietária do imóvel, proceda à reparação do bem. Da mesma forma, não pode o IPHAN ser obrigado, com suporte na mesma lei, a adotar providências de conservação de imóvel quando ausente interesse nacional. Sentença não submetida a reexame necessário.

O Ministério Público Federal apelou e requereu a reforma da sentença.

Em contrarrazões, o IPHAN pugnou a manutenção da sentença, visto somente ser responsável pela conservação de bens tombados em nível federal.

Em contrarrazões de apelação, a União Federal arguiu a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizamento de ação civil pública visando a defesa de patrimônio público municipal. No mérito, requereu a manutenção da sentença, por ser vedado o tombamento de bem pertencente à União pelo Município.

O Ministério Público Federal opinou, preliminarmente pelo reconhecimento da existência de remessa oficial, a teor do art. 19, da Lei nº 4.717/1965 e art. 4º, § 1º da Lei nº 7.583/89. No mérito, opinou pela reforma da sentença, diante da responsabilidade dos réus em proceder à recuperação e preservação do imóvel em questão, nos termos do art. 9º, *caput* da Lei nº 11.483/2007, com respaldo no art. 216, § 1º da Constituição Federal.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Em primeiro lugar, cumpre asseverar submeter-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que concluir pela improcedência do pedido ou de parte do pedido deduzido em sede de ação civil pública, por força da aplicação analógica da regra contida no art. 19 da Lei nº 4717/65. Nesse sentido, destaco os seguintes arestos do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. 1. "Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009). 2. Agravo Regimental não provido. ..EMEN:(AGRESP 201001846488, HERMAN BENJAMIN,

STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 25/04/2011 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO. 1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina. 2. Recurso especial provido. (RESP 200802742289, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 29/05/2009 REVPRO VOL.:00177 PG:00268 ..DTPB:.)

Nesse passo, conheço da matéria também por esse prisma.

A presente ação foi inicialmente ajuizada em face da RFFSA e da União Federal. Extinta a RFFSA, foi determinada a inclusão no polo passivo do IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico Artístico e Cultural (fls. 341), mantida a União Federal.

O objetivo delineado no feito consiste em condenar as rés à adoção de medidas necessárias para recuperação e preservação da Estação Ferroviária Engenheiro Martins Guimarães, conforme projeto a ser elaborado e apresentado ao Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Artístico, Paisagístico e Cultural - COMPHAC de São José dos Campos.

Aduz-se ter sido desativada referida estação ferroviária em 1940 e abandonada em 1990, encontrando-se deteriorada, competindo ao Poder Público conservá-la, por enquadrar-se na definição de patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216, V da Constituição Federal.

Sustenta-se ter o Poder Público Municipal, a teor da competência concorrente inserta no art. 24, VII da Constituição Federal, editado a Lei nº 3.021/85, que classificou os elementos que compõem seu patrimônio cultural, tendo sido classificada como elemento de Preservação Dois -EP2 pelo Município de São José dos Campos, por força da Lei Municipal nº 4.943/93, de 19/09/1996.

Diante da legislação supra, sustenta competir à Rede Ferroviária Federal, sucedida pela União Federal, e ao IPHAN a adoção de medidas para cessar a deterioração do bem e promover sua recuperação.

Foi arguida a ilegitimidade ativa do MPF em contrarrazões de apelação, a qual merece rejeição.

É certa a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para defesa do patrimônio cultural brasileiro, com fundamento no art. 129, *caput* e inciso III da Constituição Federal.

A Lei Complementar nº 75/93, ao disciplinar a organização e atribuições do Ministério Público da União, deixa clara a competência da instituição para a defesa de direitos constitucionais, dentre eles os direitos sociais e coletivos, inclusive mediante a propositura de ação civil pública. Diz a norma:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

...

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

...

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

...

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa

da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

Da mesma forma, ao regular a Ação Civil Pública, dispõe a Lei nº 7.347/85.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

...

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público;

Por conseguinte, aprecio a questão atinente à legitimidade passiva da União Federal e do IPHAN.

A União Federal, sucessora da extinta RFFSA, possui, nos termos da Lei nº 11.483/07, legitimidade passiva para o feito, consoante se lê:

Art. 2º. A partir de 22 de janeiro de 2007:

I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do *caput* do art. 17 desta Lei; e

II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto nos incisos I e IV do *caput* do art. 8º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.772, de 2008).

Da mesma forma, o dispositivo legal em comento dispõe ser atribuição do IPHAN administrar e zelar pela guarda e conservação de bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, donde se extrai sua legitimidade passiva para o feito, consoante se lê:

Art. 9º. Caberá ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN receber e administrar os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, bem como zelar pela sua guarda e manutenção.

§ 1º. Caso o bem seja classificado como operacional, o IPHAN deverá garantir seu compartilhamento para uso ferroviário.

§ 2º. A preservação e a difusão da Memória Ferroviária constituída pelo patrimônio artístico, cultural e histórico do setor ferroviário serão promovidas mediante:

I - construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos;

II - conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços oriundos da extinta RFFSA.

§ 3º. As atividades previstas no § 2º deste artigo serão financiadas, dentre outras formas, por meio de recursos captados e canalizados pelo Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC, instituído pela Lei no 8.313, de 23 de dezembro de 1991.

§ 4º. (VETADO)

Passo à apreciação da matéria de fundo.

A Estação Ferroviária Engenheiro Martins Guimarães, situada no Município de São José

dos Campos, desativada, foi classificada pela Lei nº 4.943/96 como elemento de preservação 2 - EP-2, com suporte na Lei nº 3.021/85, que dispõe:

O Prefeito Municipal faz saber que a Câmara Municipal aprova e ele sanciona e promulga a seguinte lei:

“Artigo 1º - ficam instituídas, para fins de preservação e conservação, nos termos do disposto nesta lei, as seguintes categorias de bens móveis e imóveis.

Elemento de preservação - EP caracterizado como bem móvel ou imóvel de interesse para o Município por seu valor artístico, paisagístico, cultural, etnográfico, arquitetônico, arqueológico ou documental.

...

Parágrafo único. O Elemento de Preservação, para os efeitos da aplicação da presente lei é subdividido em:

...

EP 2. São bens imóveis que por suas características históricas artísticas, paisagísticas, culturais, etnográfica, arquitetônicas e/ou arqueológicas devem ser preservadas mantendo-se as características básicas de sua arquitetura definidos em cada caso, previamente pelo COMPHAC”.

À luz do dispositivo acima, dispõe a Lei nº 4.943/96.

Art. 1º. Ficam incluídos na categoria Elemento de Preservação EP2, nos termos da Lei Municipal nº 3.021, de 27 de setembro de 1985, os edifícios remanescentes à implantação das estações ferroviárias no município de São José dos Campos.

Art. 2º. O EP-2 descrito no *caput* do artigo anterior abrange os edifícios:

IV - Estação ferroviária Martins Guimarães, constituída pelo imóvel localizado à Estrada Municipal Martins Guimarães, Fazenda Santa Helena, próximo aos números 2.971 e 2.981, registrado como patrimônio da Rede Ferroviária Federal sob nº 3.204.503.

O Ministério Público Federal, autor da ação, sustenta que, tendo sido a referida estação ferroviária classificada como elemento de preservação 2 pelo Município de São José dos Campos, integra o patrimônio cultural brasileiro, cabendo ao poder público protegê-la, a teor do art. 216 da Constituição Federal.

Vai além o autor da ação, ao aduzir ser competência comum dos entes políticos proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, a teor do art. 23, III da Constituição Federal.

À luz do art. 24, VII da Constituição Federal, argumenta ter o Município de São José dos Campos editado as Leis nº 3.021/85 e 4.943/96, as quais, sucessivamente, definiram e classificaram a estação ferroviária elemento de preservação. Caberia, então, à União Federal, sucessora da extinta RFFSA, e ao IPHAN obedecer a legislação local e promover a conservação e vigilância do bem e promover a proteção da estação ferroviária em questão.

Para deslinde do feito impõe-se analisar, preambularmente, os dispositivos constitucionais no atinente à proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural que se pretende resguardar.

Os dispositivos constitucionais em comento dispõem:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

V. os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

...

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

...

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

Promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual;

Da leitura dos dispositivos insertos no art. 24, verifica-se que ao versar sobre legislação concorrente, o texto constitucional expressamente dispõe competir à União Federal o estabelecimento de normas gerais sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, e, caso não editadas, a competência complementar passa aos Estados, nunca aos Municípios.

De outra forma, o art. 30 expressamente confere aos Municípios competência para legislar sobre assuntos locais e proteger seu patrimônio histórico-cultural.

O art. 216, § 1º, c.c. arts. 23, III e 30, IX da Constituição Federal dispõem competir ao Município promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, valendo-se de medidas acautelatórias, dentre elas o tombamento, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

A classificação da estação ferroviária Engenheiro Martins Guimarães como elemento de preservação pelo Município de São José dos Campos não é inválida e não fere dispositivo constitucional ou legal. Todavia, de tombamento não se trata.

O instituto do tombamento constitui medida de proteção ao patrimônio histórico e cultural, limitativa ao uso de propriedade, sendo regido, em nível federal, por normas gerais insertas no Decreto-Lei 25/37, que assim dispõe:

Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do pa-

patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

Trata-se de ato privativo do Poder Executivo. Assim, discorre JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

O tombamento é tipicamente administrativo, através do qual o Poder Público, depois de concluir formalmente no sentido de que o bem integra o patrimônio público nacional, intervém na propriedade para protegê-lo de mutilações e destruições. Trata-se de atividade administrativa, e não legislativa.

...

Ao Legislativo compete, isto sim, estabelecer regras gerais para que o administrador intervenha na propriedade privada para fins de proteção do bem por traduzir interesse histórico ou artístico. Nesse aspecto, aliás, a Constituição estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII, CF). (...) Essa competência, entretanto, é fixada para o fim de edição de regras gerais, abstratas e impessoais sobre a intervenção na propriedade para a proteção desse patrimônio. Bem diversa, porém, é a competência para concluir que a hipótese é realmente a de tombamento, competência típica do Executivo (*in Manual de Direito Administrativo*, 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 568)

Com efeito, o tombamento de um bem deve ser realizado por procedimento administrativo que culmine em ato devidamente motivado, alicerçado em manifestações de órgãos técnico-jurídicos, no âmbito do Poder Executivo, e no qual seja assegurada ampla possibilidade de defesa do bem pelo proprietário. O tombamento de bens públicos, muito embora de ofício, também privilegia a ampla defesa, nos termos do aludido Decreto-lei.

Leia-se a respeito:

Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos.

Nesse sentir a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

A norma nacional sobre tombamento é o Dec-lei 25, de 30.11.37, complementado por disposições de outros diplomas legais, mas o tombamento em si é ato administrativo de autoridade competente, e não função abstrata da lei, que estabelece apenas as regras para sua efetivação. O tombamento realiza-se através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem num dos Livros do Tombo. Nesse procedimento deve ser notificado o proprietário do bem a ser tombado, dando-se-lhe oportunidade de defesa, na forma da lei. Nulo será o tombamento efetivado sem atendimento das imposições legais e regulamentares, pois que, acarretando restrições ao exercício do direito de propriedade, há que observar o devido processo legal para sua formalização, e essa nulidade pode ser pronunciada pelo Judiciário, na ação cabível, em que serão apreciadas tanto a legalidade dos motivos quanto a regularidade do procedimento administrativo em exame. (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 485)

O tombamento, desta forma, incide sobre bens móveis e imóveis, “cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer

por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (artigo 1º, Decreto-lei 25/37), incorrente à espécie, por não ter sido reconhecido o imóvel em questão como patrimônio de valor histórico, cultural ou artístico em nível nacional.

Ausente o tombamento, impõe-se aferir se o município, valendo-se de lei de interesse local, pode impor à União Federal e ao IPHAN procedam à preservação de imóvel de sua propriedade, cuja conservação é de interesse exclusivo do Município.

Muito embora não se esteja considerando eventual hierarquia entre entes federativos, ante do interesse de toda a sociedade na preservação do patrimônio público, certa é a impossibilidade de se determinar à União Federal e ao IPHAN a adoção de medidas acautelatórias baseadas em legislação municipal de interesse local, porquanto não inserido o bem na categoria de imóvel tombado, à luz do Decreto-lei nº 25/37, não sendo legítima a imposição do Município.

Relativamente ao IPHAN, entidade com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, sucessora do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, encarregado por zelar pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, sobretudo pelos bens que, considerando sua importância nacional de caráter histórico, cultural e ambiental, tenham sido tombados, lhe compete, nos termos do art. 9º da Lei nº 11.483/2007 receber, administrar, zelar pela guarda e conservação de bens móveis e imóveis recebidos da extinta RFFSA, de natureza operacional ou não operacional, desde que qualificados como de valor cultural, artístico ou histórico.

Ocorre que, não havendo tal reconhecimento na Lei nº 11.483/2007, tampouco tendo sido tombado em nível nacional, tal como determina o Decreto-lei nº 25/1937, afasta-se a responsabilização do IPHAN, como postulado no feito.

Outrossim, não menos relevante ponderar a discricionariedade conferida ao IPHAN para, nos termos do art. 9º da Lei nº 11.483/07 e do art. 7º do Decreto nº 6.018/07 definir quais bens oriundos da extinta RFFSA merecem atenção por revestirem valor histórico, artístico e cultural em nível nacional.

Relativamente à União Federal, impõe-se considerar ter sucedido a extinta RFFSA em direitos, obrigações, tendo sido a ela transferidos os bens imóveis da extinta RFFSA, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.483/07, mas como dito acima, a conservação do imóvel dependeria do tombamento.

Nesse passo, pondere-se o teor da decisão no Agravo de Instrumento acostado às fls. 600.

Nesse compasso, e com esteio no parágrafo 1º do artigo 216 da constituição Federal, não há impedimento para que mais de uma pessoa política proteja o patrimônio identificado no “caput” da referida norma constitucional. Todavia, deverá fazê-lo dentro de sua esfera de atribuição, razão pela qual a nobitação do bem, para o cumprimento dos fins indicados no art. 216 da Constituição Federal, levado a efeito por uma das pessoas políticas, não pode vincular ou limitar os outros entes da República Federativa do Brasil, porquanto a análise dos critérios para a qualificação do bem como sendo de valor artístico, histórico e cultural levará em conta aspectos locais - para a municipalidade, regionais - para os Estados e o Distrito Federal, e nacionais - para a União.

... o imóvel denominado Estação Ferroviária Engenheiro Martins Guimarães, não obstante transferido ao patrimônio da União Federal por força do artigo 2º da Lei nº 11.483/2007, não foi objeto de processo de integração ao patrimônio histórico e artístico nacional. Vale dizer que referido imóvel não foi declarado como sendo de valor artístico, histórico e artístico nacional, com envergadura nacional, a ensejar a responsabilização do agravante na proteção, conservação e restauração da Estação Ferroviária Engenheiro Martins Guimarães...

Outrossim, providências mínimas para preservação de bem situado no Município em

questão, que se pretende impor à União Federal, sucessora da RFFSA estariam necessariamente sujeitas a previsão orçamentária e disponibilidade financeira. Não se pode, singelamente, com base em legislação local impor o cumprimento de obrigações não previstas na lei orçamentária federal, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, a adoção de medidas de conservação mínimas e reputadas de relevância pelo município deverão ser por ele custeadas.

Com efeito, a Lei nº 3.021/1985, ao criar elementos de preservação instituiu o Fundo de Preservação Municipal para proceder aos reparos, de acordo com a atribuição do art. 30 da Constituição Federal, consoante se lê:

Art. 8º O estado de conservação dos bens móveis ou imóveis declarados como EP, SP ou ZP, será permanentemente, fiscalizado pelo Comphac que poderá determinar a realização de reparos ou restaurações por conta do Fundo de Preservação.

Art. 14. Fica criado o fundo Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Artístico, Paisagístico e Cultural destinado a custear a conservação, preservação, restauração e aquisição dos bens móveis e imóveis referidos nesta lei.

Por fim, somente a título de complementação, eventual exigência de atuação nos moldes pleiteados pelo autor da ação estaria sujeita inequivocamente à observância de princípios que norteiam a atuação pública, quais seja, razoabilidade e disponibilidade financeira, quer da União Federal, quer do IPHAN.

Diante disso, o acautelamento do bem, assim definido pelo Município de São José dos Campos como elemento de preservação, por seu valor histórico e cultural para o Município, reconhecidas na Lei Municipal nº 4.943/96, por não se tratar de bem tombado, deve ser custeado com recursos do fundo municipal, à luz do dispositivo legal acima reproduzido.

ADMINISTRATIVO. NULIDADE TOMBAMENTO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO IPHAN. DECRETO-LEI Nº 25/37, SOB PENA DE AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MANIFESTAÇÃO POSTERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A ENSEJAR NULIDADE. - Prima facie, em que pese a ausência de manifestação em primeira instância do Ministério Público na presente demanda, não restou caracterizada qualquer nulidade, uma vez que houve manifestação do órgão ministerial em segunda instância, afastando, destarte, a possibilidade de ocorrência de prejuízo para as partes. - No mérito, cinge-se a controvérsia à regularidade do procedimento de tombamento realizado pelo Município de Macaé sobre o Forte Marechal Hermes da Fonseca, localizado naquele município. - É indispensável a intervenção do IPHAN no processo de tombamento, seja de área federal, estadual ou municipal, nos termos do Decreto-lei nº 25/37, sob pena de afronta ao devido processo legal. - Verifica-se, ainda, da leitura do item IX Municípios não têm competência para legislar concorrentemente sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico, cabendo-lhes, tão-somente, a ação legislativa em caráter suplementar a fim de dar atendimento ao que preceitua o referido dispositivo. - Desta forma, não pode pretender o ente municipal editar lei, determinando o tombamento de bem, em desrespeito à legislação federal. - Assim, em que pese o relevante intuito do Município de Macaé de promover a conservação de bem de interesse da coletividade, não pode o mesmo se furtar ao cumprimento das determinações contidas nas legislações federais pertinentes, sob pena de afronta ao devido processo legal. - Remessa necessária e apelação desprovidas.

(TRF/2ª Região, AC 200651160005942, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Relatora Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, E-DJF2R -15/10/2013)

Ante o exposto, voto por rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, mantendo-se, integralmente os termos da bem lançada sentença.

É como voto.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000412-12.2004.4.03.6000
(2004.60.00.000412-5)

Apelante: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - FUFMS

Apelada: MARIA IVANEIDE DA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AC 1443909

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/09/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADAS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PACIENTE CEGA EM RAZÃO DE REAÇÕES ADVERSAS DE MEDICAMENTO UTILIZADO PARA TRATAMENTO DE ARTRITE REUMATOIDE. AUSÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO ADEQUADO. FATO LESIVO, DANOS MORAL E MATERIAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. CONSECUTÓRIOS LEGAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A recorrente pleiteia indenização por danos morais e materiais, que, segundo alega, teriam sido causados em razão de cegueira motivada por intoxicação por medicamento denominado CLOROQUINA, o qual foi ministrado, por longo período, por médicos que prestavam serviços na entidade ré, para tratamento de artrite reumatoide, sem o devido acompanhamento, dado que o referido fármaco sabidamente tem como um dos efeitos colaterais provocar lesões musculares no nervo óptico.

- A sentença está bem fundamentada nos elementos de prova dos autos.

- No que toca ao indeferimento da prova testemunhal, a apelante não impugnou a decisão no momento oportuno, bem como não demonstrou em que consiste concretamente o prejuízo advindo da não produção dessa prova. Acrescente-se que o poder instrutório do juiz, a teor do que dispõem os artigos 130 e 330 do Código de Processo Civil, permite-lhe o indeferimento de provas que julgar inúteis, sem que configure cerceamento de defesa. Precedentes do STJ.

- As nulidades aduzidas não restaram configuradas, a descaracterizar a aduzida ofensa aos artigos 5º, incisos LIV e LV, da CF, e 128, 131, 458, inciso II e 125, inciso I, do CPC.

- A alegação de que a decisão é nula também porque invadiu o mérito administrativo deve ser rejeitada, porquanto é genérica e dela não é possível aferir concretamente em que consiste propriamente o citado vício.

- A ré é universidade federal, vinculada ao Ministério de Educação e Desporto (Lei nº 8.957/94) e, portanto, órgão da administração direta. 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 § 6).

- Restou comprovado que a autora ficou cega em razão de tratamento para artrite reumatoide realizado na instituição-ré, sem acompanhamento adequado de oftalmologista, o qual era necessário, dados os efeitos colaterais conhecidos do medicamento utilizado denominado cloroquina. Portanto, o fato lesivo, o dano moral, o dano material

e nexa causa ficaram demonstrados, conforme elementos dos autos.

- Culpa exclusiva da autora não comprovada.

- Quanto ao valor da indenização por danos morais, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, tem duplo conteúdo: de sanção e compensação. Na espécie, a cegueira definitiva que acometeu a requerente causou-lhe traumas e limitações de toda a espécie, com os quais terá que conviver ao longo de sua vida. De fato não existe montante que possa aplacar tamanha dor. De todo modo, para fins de reparação, diante desse quadro e à vista de ausência de recurso da autora, manteve-se a indenização por danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

- No que toca ao dano material, em razão da ausência de prova do *quantum* da contribuição da requerente para a renda familiar, mantida a pensão vitalícia em um salário mínimo mensal e, diante da ausência de fixação do termo inicial na sentença, deve ser fixada a partir da citação.

- Dado que a pensão 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 decisão 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.

- A correção monetária deve incidir somente a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

- Os juros de mora devem incidir, na forma do artigo 406 do Código Civil de 2002, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC, até a vigência da Lei nº 11.960/2009, que, em seu artigo 5º, alterou a redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, o qual dispõe que a atualização monetária será calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*.

- O STJ, ao julgar o REsp nº 1.270.439, na sistemática do artigo 543-C do CPC, com fundamento no que restou decidido na ADIN nº 4.357/DF, a respeito da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da citada norma, fixou o seguinte entendimento: *em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas*.

- No caso concreto, como a condenação imposta ao ente estatal não é de natureza tributária, nesse último período, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que, segundo restou consignado no precedente citado, melhor reflete a inflação acumulada do período.

- Nas ações em que a fazenda pública é vencida, a fixação dos honorários advocatícios deverá ser feita conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação, conforme artigo

20, parágrafos 3º e 4º, do CPC. Dessa forma, considerado o trabalho realizado e a natureza da causa, mantidos em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), dado que propiciam remuneração adequada e justa ao profissional.

- Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida. Sentença parcialmente reformada como consequência do reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares arguidas, negar provimento à apelação e, por força da remessa oficial, reformar em parte a sentença, a fim de fixar a incidência dos juros e da correção monetária conforme consignado no voto, bem como, quanto à pensão mensal, estabelecer que é devida desde a citação e que deverá ser considerado, quanto às parcelas vencidas, o valor do salário mínimo na data que deveria ter sido pago e, quanto às vincendas, o seu valor na data do vencimento de cada prestação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de agosto de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelação da FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - FUFMS de sentença (fls. 235/243) que, em ação ordinária proposta por MARIA IVANEIDE DA SILVA, julgou-a parcialmente procedente para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais, acrescido de correção monetária e juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, bem como de pensão mensal vitalícia de um salário mínimo. Considerada a sucumbência em parte mínima para a autora, fixaram-se honorários advocatícios de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em seu favor. Sem custas, em razão de isenção legal da ré.

Alega, em síntese, que:

- a) o valor dos honorários advocatícios deve ser reduzido, pois está acima do teto remuneratório dos defensores dativos da Justiça Federal;
- b) a interpretação do artigo 37, § 6º, da CF deve ser feita em consonância com os artigos 128, 131, 458, inciso II, e 125, inciso I, todos do Código de Processo Civil;
- c) o tratamento a que a autora foi submetida foi o adequado para seu caso. Portanto, inexistente erro na conduta médica praticada;
- d) ao abandonar o tratamento, a autora assumiu a responsabilidade por seu ato;
- e) ficou comprovado que a requerente também foi atendida por serviço de saúde municipal, motivo pelo qual não é possível atribuir à ré a responsabilidade por sua doença;
- f) a sentença não indicou a prova do erro médico, não fundamentou o montante fixado a título de indenização por danos morais, não indicou a prova da atividade exercida pela autora e não considerou a possibilidade de produção de prova testemunhal. Assim, aduz nulidade da decisão por ofensa aos princípios da persuasão racional, do devido processo legal (artigo

5º, inciso LIV, da CF), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF) e da isonomia processual (artigos 128, 131, 458, inciso II, 125, inciso I, do CPC);

g) o *decisum* invadiu o mérito do ato administrativo, o que também gera a nulidade do ato judicial.

Contrarrrazões da autora, às fls. 269/272, nas quais aduz que o recurso não impugnou a fundamentação da sentença, desse modo deve ser desprovido.

Junte-se o relatório e encaminhe-se ao revisor.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

I - DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL

A recorrente pleiteia indenização por danos materiais e morais, que, segundo alega, teriam sido causados em razão de cegueira motivada por intoxicação por medicamento denominado CLOROQUINA, o qual foi ministrado, por longo período, por médicos que prestavam serviços na entidade ré, para tratamento de artrite reumatoide, sem o devido acompanhamento, dado que o referido fármaco sabidamente tem como um dos efeitos colaterais provocar lesões musculares no nervo óptico.

II - DAS PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA

A sentença está bem fundamentada nos elementos de prova dos autos. De outro lado, no que toca ao indeferimento da prova testemunhal (fl. 232), a apelante não impugnou a decisão no momento oportuno, bem como não demonstrou em que consiste concretamente o prejuízo advindo da não produção dessa prova. Acrescente-se que o poder instrutório do juiz, a teor do que dispõem os artigos 130 e 330 do Código de Processo Civil, permite-lhe o indeferimento de provas que julgar inúteis, sem que configure cerceamento de defesa. Nesse sentido:

INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL. DANOS MORAIS. ERRO NA VALORAÇÃO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar de sua nulidade.

2. Não há cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de prova. Cabe ao juiz decidir sobre os elementos necessários à formação de seu entendimento.

3. Não é cabível, em regra, na via eleita, a justiça da valoração das provas, porque tal providência implicaria reavaliação do conjunto probatório contido nos autos, o que é vedado nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 14.831/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 20/08/2012)

Confira-se também: REsp 974.219/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 16/04/2012; AgRg no Ag 1297324/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 04/11/2010; REsp 837.566/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 28/09/2006, p. 243.

Desse modo, pelas razões apontadas, as nulidades aduzidas não restaram configuradas, a descaracterizar a aduzida ofensa aos artigos 5º, incisos LIV e LV, da CF, e 128, 131, 458, inciso II e 125, inciso I, do CPC.

Acrescente-se que a alegação de que a decisão é nula também porque invadiu o mérito administrativo deve ser rejeitada, porquanto é genérica e dela não é possível aferir concretamente em que consiste propriamente o citado vício.

III - DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A ré é universidade federal, vinculada ao Ministério de Educação e Desporto (Lei nº 8.957/94) e, portanto, órgão da administração direta. A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa, *verbis*:

Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal norma firmou, em nosso sistema jurídico, o postulado da *responsabilidade civil objetiva* do poder público, sob a modalidade do risco administrativo. A doutrina é pacífica no que toca à sua aplicação em relação aos atos comissivos, contudo diverge em relação aos *atos omissivos*. Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o referido princípio constitucional se refere tanto à ação quanto à omissão, o qual encontra apoio na doutrina de Hely Lopes Meirelles, dentre outros. Segundo esse autor:

Desde que a Administração defere ou possibilita ao servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, *cobrando o risco da sua ação ou omissão*, é que assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. (Direito Administrativo Brasileiro, 36ª atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687)

Nesse sentido trago à colação os seguintes julgados das cortes superiores:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *eventus damni* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). - Filho recém-nascido acometido da “Síndrome de West”, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. (STF, RE 495740 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01432 RTJ VOL-00214- PP-00516)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. FALTA DE SINALIZAÇÃO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão da autarquia e acidente que causou morte do marido e filhos da autora. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (STF, AI 693628 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-13 PP-02452 LEXSTF v. 32, n. 373, 2010, p. 91-96)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. BURACO NA VIA. RODA ARRANCADA DO EIXO DO REBOQUE DO CAMINHÃO. CAPOTAMENTO DO VEÍCULO QUE TRAFEGAVA NA DIREÇÃO CONTRÁRIA. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

E DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal *a quo* à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp nº 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp nº 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005.

3. *In casu*, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, *verbis*: (...) Restou, pois, demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do DNIT em não corrigir as falhas na pavimentação da rodovia na qual ocorreu o acidente, e os prejuízos causados ao veículo da Autora. Fica caracterizada no caso concreto, portanto, a responsabilidade civil objetiva da Autarquia, o que acarreta a obrigação de indenizar. Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração, dispõe o parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, *verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifei).

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (o DNIT não procedeu à conservação da rodovia); a ocorrência de danos materiais no veículo da Autora em consequência do acidente; e o nexo de causalidade entre o fato da omissão estatal e o dano, cabe ao DNIT o ônus de indenizar à Autora. (fls. 107 e 108).

4. A ausência de indicação da lei federal violada revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” 5. A admissão do Recurso Especial pela alínea “c” exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas (Precedentes: AgRg no AG 394.723/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 19/11/2001; REsp 335.976/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 12/11/2001).

6. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 1103840/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 07/05/2009)

Frise-se o ensinamento do Ministro Celso de Mello, expresso em precedentes da corte suprema de sua relatoria, como o citado, o qual sumariza de forma bastante didática os elementos caracterizadores desse dever do Estado de indenizar em razão de danos causados por seus agentes, *verbis*:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a *alteridade do dano*, (b) a *causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público*, (c) a *oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional* e (d) a *ausência de causa excludente da responsabilidade estatal*.

Segundo a doutrina, para fazer jus ao ressarcimento em juízo, cabe à vítima provar o nexo causal entre o fato ofensivo, que, segundo a orientação citada, pode ser comissivo ou omissivo, e o dano, assim como o seu montante. De outro lado, o poder público somente se desobrigará se provar a culpa exclusiva do lesado.

No caso dos autos, impõe-se o dever de reparação dos danos morais e, em parte, dos materiais que a autora alega ter sofrido.

IV - DA RELAÇÃO ÉTICO-JURÍDICA ENVOLVIDA

Cabe tecer alguns comentários sobre a relação entre paciente, médico e a instituição de ensino.

Bem se sabe a natureza assimétrica do paciente em relação ao médico. O primeiro chega ao hospital em condição de especial fragilidade e o segundo, portador dos conhecimentos técnicos, atua com a autoridade e o poder que a função lhe concede. É dever daquele que presta os serviços proceder à documentação dos atos que pratica e da situação de saúde do paciente, que se encontra com dor ou com sentimento de incerteza sobre sua saúde. Os prontuários, fichas, anotações são de extrema importância para reconstrução do histórico do atendimento. De outro lado, se o médico trabalha no regime de residência sob tutoria de uma universidade, é imprescindível o acompanhamento concreto do professor responsável em cada caso. Afinal, são os primeiros passos de uma carreira e a orientação de um médico mais experiente é condição *sine qua non* de uma melhor prestação de serviços.

Postos tais parâmetros, verifica-se que ao paciente refluem todos os cuidados e atenções. Está numa posição mais dependente, enfrenta uma burocracia hospitalar que lhe é estranha e carece de tratamento, orientação, respeito. Cabe ao médico assisti-lo e documentar sua ação, bem como à instituição universitária fazer com que a residência tenha as características que lhe são próprias: aprendizado, tutoria e aconselhamento não só médico, mas de como lidar com o paciente.

Em consequência, em matéria de responsabilidade, além de ser objetiva a estatal, qualquer prova sobre a determinação dos resultados dos procedimentos médicos deve recair sobre a documentação histórica em poder do médico ou estabelecimento hospitalar, os quais devem apresentá-la para explicar ou justificar o sucesso ou insucesso do atendimento. O papel do professor ou profissional mais experimentado, com conhecimento concreto da atividade do residente, sempre contribuirá para o esclarecimento de situações ou fatos.

V - DO FATO LESIVO

Restou comprovado que a apelante foi diagnosticada como portadora da patologia denominada artrite reumatoide, para cujo tratamento foi-lhe prescrito, em 29/08/94, Difosfato de Cloroquina, 250 mg, conforme demonstra a anotação feita em seu prontuário mantido pela ré (fl. 171), da qual fez uso contínuo até 24.11.1997, ocasião em que a medicação foi suspensa (fl. 172). Ressalte-se que, à fl. 25, foi juntada declaração da Secretaria Municipal de Saúde de Campo Grande, que noticia que a autora utilizou o citado medicamento, no período de 01.11.1995 a 13.11.1997, o qual era fornecido por aquele órgão.

De outro lado, ficou demonstrado que ela passou a sofrer de deficiência visual decorrente do uso da substância mencionada, consoante os seguintes documentos:

a) laudo de oftalmologista realizado em clínica privada, em 09.05.2003, que dá conta de que a autora padecia de alterações severas em ambos os olhos que devem ser melhores avaliadas à luz dos dados clínicos da paciente (lesão em área central) - fl. 35;

b) declaração de médica da Santa Casa de Campo Grande, datada de 29.08.2003, no sentido de que ela é portadora de BAU, decorrente de maculopatia tóxica (pós uso de cloroquina por AR), irreversível, a necessitar de recursos ópticos para visão subnormal (fl. 14);

c) diagnóstico realizado por médico oftalmologista do Hospital São Julião, em 03.09.2001, que também concluiu sofrer de maculopatia por cloroquina (fls. 43).

d) laudo pericial, realizado por *expert* indicado pelo juízo, que informa que a autora apresenta retinopatia por derivados da 4 - aminoquinolona, em ambos os olhos, de natureza grave, com cegueira irreversível (fl. 210).

VI - DO DANO MATERIAL E MORAL

O dano moral é consequência indissociável do fato ora demonstrado e, portanto, a sua constatação independe de perícia. A cegueira causada nas circunstâncias narradas, ou seja, como efeito colateral inesperado de um tratamento para articulação, é capaz de provocar sofrimento incomensurável na vida de qualquer indivíduo, ainda mais se for considerado que a vítima era jovem, com aproximadamente 40 anos à época, mãe, esposa e costureira.

Quanto aos danos materiais a sentença decidiu (fl. 243):

Embora não haja nos autos indícios de que a autora trabalhava com costureira, certo é que necessariamente era responsável pelos serviços domésticos da casa e sua família, razão pela qual, com a perda da visão de ambos os olhos, ficou extremamente limitada para a realização dessas tarefas, e, por isso, necessita de auxílio de terceiros. Diante desse quadro, entendo cabível o direito à pensão vitalícia no valor de 1 (um) salário mínimo mensal à autora.

Discordo do juízo sentenciante, no que toca ao entendimento de que não há prova de que a autora exercesse a profissão de costureira. A fim de comprovar sua profissão, ela juntou aos autos cópia de sua CTPS, em que constam registros de contrato de trabalho nesse ofício, no período de 01/09/1985 a 01/05/1989 (fls. 36/38). Assim, é bastante plausível a alegação de que ultimamente laborava em seu próprio lar, ainda mais se se considerar que é componente de família de baixa renda, em que, de acordo com a jurisprudência do STJ, se presume que todos os seus entes contribuem para o sustento desse núcleo. Confira-se: REsp 1133033/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012. Portanto, à vista de que ficou demonstrado, por meio de perícia, que a requerente apresenta incapacidade laborativa, total e permanente, e que inclusive necessita de acompanhamento de terceiros para se locomover, correta a fixação de indenização por danos materiais, na forma de pensão mensal, na medida em que, por todas essas circunstâncias, não terá mais condições de prover seu sustento.

VII - DO NEXO CAUSAL

Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta dos médicos da universidade-ré e a lesão acarretada, porquanto os danos morais e materiais causados à apelada decorreram da

circunstância de ter ficado inválida em razão de complicações resultantes do tratamento a que foi submetida naquela instituição, sem o acompanhamento adequado.

O parecer do perito (fls. 210/213) menciona que a cloroquina pode causar cegueira. Logo o médico que a ministra tem ciência da possibilidade desse seu gravíssimo efeito colateral, irreversível, que pode ocorrer em alguns casos. Transcrevo alguns trechos do laudo, que ilustram essa conclusão:

Quesitos da autora:

(...)

8) o medicamento denominado cloroquina pode causar cegueira irreversível?

Sim, pode, em geral dependendo do tempo de uso e da dosagem, havendo divergência na literatura médica a respeito.

Quesitos da ré:

6) quais são as reações adversas e paradoxais da cloroquina? Fundamentar e citar a fonte.

A principal alteração é a retinopatia. Outras reações incluem opacidades corneanas, alterações da íris, anormalidade da motilidade, da acomodação do cristalino. Fonte: avaliação da toxicidade ocular por derivados da 4 - aminoquilona. Arq. Bras. Oftamo. Vol. 65 nº 6 São Paulo Nov./Dec 2002, acessível pela Internet.

(...)

9) É o medicamento condenado? Foi suspenso o seu uso? Recolhida a substância?

Sim, em sua forma pura, ou seja, apenas a cloroquina que provoca menos lesões retinianas.

10) Qual o pior efeito colateral ou lesivo já descrito da cloroquina? Em que porcentagem tal dano ocorreu?

O pior efeito é a atrofia do epitélio pigmentar da retina e não há estatística sobre o percentual de ocorrência deste dano.

Ficou claro nesse parecer que são de conhecimento médico os terríveis efeitos colaterais do fármaco, ainda que em pequena parcela do pacientes que fazem uso dele.

Outrossim, o médico que primeiro receitou a cloroquina à requerente, em 29.08.1994 (fl. 171), e posteriormente suspendeu seu uso em 24.11.1997 (fl. 172), Dr. Fernando Asato, também apresentou parecer acerca dos fatos (fls. 110/111), no qual demonstrou ter plena consciência dos efeitos colaterais da droga:

A fim de esclarecer os quesitos feitos por este departamento, respondo os quesitos feitos:

1) A medicação Cloroquina não era e não é proibida. É fornecida em nossa cidade gratuitamente pela Fundação Nacional de Saúde; é vendida no comércio farmacêutico com os nomes comerciais: Piaquinoi, Reuquinol; é vendida nas farmácias de manipulação. Não sendo necessário receituário especial. É um medicamento amplamente utilizado para o tratamento de doenças reumáticas como: Artrose, Artrite Reumatóide, Lupus Eritematoso, Lupus Discóide e situações infecciosas como a Malária,

2) A medicação foi prescrita na ocasião porque foi estabelecido um diagnóstico de Artrose (Nódulos de Bouehard nas mãos) e Artrite Reumatoide. No campo da especialidade médica Reumatologia, a cloroquina é uma das medicações mais utilizadas para o tratamento de doenças como as citadas no presente caso. Vários trabalhos científicos demonstraram a eficácia da droga e todos os compêndios de Reumatologia citam a droga como uma das opções para o tratamento. Nestes últimos 10 anos surgiram outras opções para terapêutica. Mas na época a cloroquina era praticamente a única para a Artrose e a Artrite Reumatoide.

3) Por se tratar de doenças (artrose e artrite reumatoide) crônicas, incuráveis; eu acredito (não posso afirmar) que os médicos que atenderam no intervalo de tempo entre 26/09/1994 e

- 24/11/1997 (as duas datas citadas eu a atendi), a mantiveram pela necessidade do uso contínuo.
- 4) O seu uso continuado, apesar de infrequente, menos de 0,2%, pode (não estou afirmando que causará) causar cegueira. Em resposta ao quesito, realmente outras condições podem levar a cegueira. Não sei se é o caso dela. Exemplos: Diabetes, Toxoplasmose, Sífilis, Glaucoma, Várias doenças reumáticas, causas desconhecidas, etc.
- 5) Em 24/11/1997 ao atendê-la pela segunda vez (a primeira após a prescrição da cloroquina foi em 26/09/1994, ênfase que nesta data já havia encaminhado ela para a avaliação do oftalmologista, cerca de 28 dias após o início da medicação), suspendi o uso da medicação porque, como está escrito no prontuário, A PACIENTE ESTAVA USANDO A MEDICAÇÃO SEM CONTROLE DO OFTALMOLOGISTA. Não poderia permitir que continuasse com a droga sem ter certeza de que a retina estava preservada, mesmo estando ela enxergando na ocasião. Desde então nunca mais a atendi.
- 6) Não posso afirmar se a cegueira foi resultado direto pelo uso da medicação.
- 7) A 1ª avaliação com o oftalmologista, após a prescrição da cloroquina ocorreu em 29/03/96 com o Dr. Eduardo Velasco e não há relato de problemas na retina. A 2ª avaliação ocorreu em 22/01/1998, 61 dias após a suspensão da droga e constatamos que o Dr. Olavo da Silva registrou depósito de cloroquina nos dois olhos. Uma 3ª avaliação com oftalmologista, Dr. Olavo da Silva, foi registrada em 30/10/1998 e foi constatado como exame normal.

Desse modo, embora haja anotação no prontuário médico da autora de indicação de encaminhamento ao oftalmologista - em 26.09.1994 (fl. 171) e em 1996 (fl. 138vº) -, durante o tratamento com o fármaco referido - de 29.08.1994 a 24.11.1997 -, há registro de efetiva consulta com oftalmologista, nesse período, somente em 29.03.1996. De outro lado, ela teve prescrição da medicação durante todo esse tempo, conforme demonstra a sequência dos atendimentos realizados tanto no ambulatório geral quanto por especialistas, como segue:

- a) em 26.09.1994, há indicação de encaminhamento ao oftalmologista (fl. 171);
- b) em 04.11.94, sem observações pertinentes ao caso (fl. 171);
- c) em 08.02.1995, o médico que fez o atendimento refere que a paciente tem AR e usa hidroxicloroquina há três meses e se queixa de dor em ombro e membros;
- d) em 07.06.1995, ela foi avaliada por médico reumatologista que manteve a medicação na dose de 150 mg 2 vezes ao dia (fls. 171vº);
- e) em 24.11.1997, o profissional que a atendeu observou que a paciente estava com perda de força na mão direita, que fazia uso de cloroquina há 2 anos e que a pele estava escura em razão dessa droga, entre outras observações, bem como determinou a suspensão desse tratamento e encaminhou-a ao oftalmologista para controle (fl. 172);
- f) ainda passou pelos médicos do hospital em 04.02.1998, 17.03.1998, 02.06.1998 e 16.07.1998. Nesse último atendimento, realizado por uma médica psiquiatra, há a observação de que a paciente refere que há 2 anos faz tratamento para artrite e ultimamente tem sentido muitas dores musculares, cefaleia, irritabilidade, impaciência, sono agitado, desânimo, fez uso de trypتانol por 20 dias e não percebeu grande diferença (fls. 172/172vº).

Já o prontuário do ambulatório geral indica que:

- a) em 10.04.1995 (fl. 148vº), a paciente se queixou de dor nas articulações, cujo diagnóstico foi de artrite;
- b) em 30.08.1995, a paciente relatou ter artrite há aproximadamente 1 ano e usar hidroxicloroquina 150 mg, 2 comprimidos à noite, a médica reduziu a dose para um comprimido por dia e a encaminhou ao hematologista (fl. 137);

- c) em 07.11.1995, a medicação foi mantida (fl. 137vº);
- d) em 22.03.1996, retornou para buscar a medicação (fl. 137vº);
- e) ainda em 1996, a paciente relatou cefaleia e uso diário de cloroquina, 2 comprimidos, que não conseguia caminhar ao sol, porque tinha dor de cabeça, negou dores articulares. A médica a encaminhou ao oftalmologista e ao reumatologista (fl. 138vº);
- f) em 07.08.1996, afirmou que mantinha a cefaleia, bem como o uso de hidroxicloroquina 2 comprimidos à noite, ocasião em que a medicação foi receitada novamente, com encaminhamento ao reumatologista e ao hematologista (fl. 138vº);
- g) retornou ainda para buscar receita para a citada medicação em 03.03.1997, 08.04.1997 e 03.11.1997, ao que foi atendida (fl. 127vº).

Assim, está evidenciado que o fato de a requerente ter sido encaminhada ao oftalmologista, mas não ter comparecido para acompanhamento, não é hábil a excluir a responsabilidade da ré. Ao contrário, enfatiza-a, na medida em que os profissionais que a atenderam mantiveram a medicação, mesmo com o conhecimento de seus nefastos efeitos colaterais e, ao agirem assim, ou seja, sem a devida segurança, assumiram o risco por eventuais danos que pudessem advir dessa conduta. No caso em tela, consoante se conclui dos elementos dos autos, o procedimento mais razoável e esperado seria interromper o tratamento até que a autora passasse pelo especialista e fizesse os exames oftalmológicos adequados, ainda que essa atitude levasse a uma piora da artrite reumatoide, à vista dos efeitos colaterais gravíssimos da droga, que sabidamente poderiam atingir seriamente a visão da paciente. Obviamente que, se o tratamento tivesse sido interrompido pelo motivo citado, aí sim a paciente poderia ser a única responsável pelo agravamento de seu quadro relacionado à artrite, mas não foi o que ocorreu.

O que torna ainda mais patente a ausência de culpa da autora pelos danos sofridos é o fato de que o citado medicamento é de uso controlado, ou seja, somente pode ser obtido mediante prescrição médica, ou seja, depende de receita.

Destarte, não obstante o Dr. Fernando Asato tenha atuado com a devida cautela, outros profissionais da instituição mantiveram a medicação sem parecer do oftalmologista como ficou demonstrado anteriormente.

A requerente também apresentou prontuário completo de atendimento no serviço médico da prefeitura (fls. 48/64), em que consta reclamação de ardência nos olhos em 27.06.1997, com resultado de exame normal. Em 10.10.2002, há a observação de que a autora fazia tratamento oftalmológico e houve encaminhamento para oftalmologista. No mais, consta uma série de atendimentos realizados, relativos às queixas de problemas ginecológicos.

Assim, ficou evidenciado que a prefeitura não tem responsabilidade pelos danos causados à autora, dado que somente fornecia os medicamentos que eram prescritos por profissionais da universidade-ré, consoante declaração de fl. 25 e documentos de fls. 22/23.

Por fim, importa mencionar que o período ultrapassado entre a suspensão da cloroquina, em 1997, e o relato das lesões oculares, que, de acordo com as provas acostadas, ocorreu somente em 2001 (fl. 43), também não tem o condão de afastar a responsabilidade da ré na espécie, dado que está amplamente demonstrada a relação de causalidade da cegueira com a ingestão dessa substância e não há notícia de continuidade de seu uso em outra ocasião.

Desse modo, conclui-se que a ré não se desincumbiu do ônus de demonstrar a culpa exclusiva da autora.

VIII - DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Quanto ao valor da indenização por danos morais, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, tem duplo conteúdo: de sanção e compensação. Na espécie, a cegueira definitiva que acometeu a requerente causou-lhe traumas e limitações de toda a espécie, com os quais terá que conviver ao longo de sua vida. De fato não existe montante que possa aplacar tamanha dor. De todo modo, para fins de reparação, diante desse quadro e à vista de ausência de recurso da autora, mantenho a indenização por danos morais conforme fixada na sentença.

No que toca ao dano material, em razão da ausência de prova do *quantum* da contribuição da requerente para a renda familiar, mantenho a pensão vitalícia em um salário mínimo mensal e, diante da ausência de fixação do termo inicial na sentença, fixo-a a partir da citação.

Dado que a pensão fixada tem como base 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. Ressalto que isso 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.

IX - CONSECTÁRIOS LEGAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, e a correção monetária foram fixados a partir da citação. Por força da remessa oficial, de rigor a reforma da sentença nesse ponto.

A correção monetária deve incidir somente a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

Os juros de mora devem incidir, na forma do artigo 406 do Código Civil de 2002, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC, até a vigência da Lei nº 11.960/2009, que, em seu artigo 5º, alterou a redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, o qual dispõe que a atualização monetária será calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*. Ressalte-se que o STJ, ao julgar o REsp nº 1.270.439, na sistemática do artigo 543-C do CPC, com fundamento no que restou decidido na ADIN nº 4.357/DF, a respeito da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da citada norma, fixou o seguinte entendimento: *em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas*.

Segue a íntegra do acórdão quanto ao tema:

VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado.

Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1270439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

No que toca à possibilidade de aplicação dessa norma aos processos em curso, decidiu a corte superior:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, quais sejam, “os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.
2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.
3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.
4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.
5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do *tempus regit actum*.
6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.
8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos. (REsp 1205946/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 02/02/2012)

No caso concreto, como a condenação imposta ao ente estatal não é de natureza tributária, nesse último período, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que, segundo restou consignado no precedente citado, melhor reflete a inflação acumulada do período.

Verifico que se trata de ação em que foi vencida a fazenda pública, razão pela qual a fixação dos honorários advocatícios deverá ser feita conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação, conforme artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC. Dessa forma, considerado o trabalho realizado e a natureza da causa, mantenho-os em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), dado que propiciam remuneração adequada e justa ao profissional.

X - DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas, nego provimento à apelação e, por força da remessa oficial, reformo em parte a sentença, a fim de fixar a incidência dos juros

e da correção monetária conforme consignado no voto, bem como, quanto à pensão mensal, estabelecer que é devida desde a citação e que deverá ser considerado, quanto às parcelas vencidas, o valor do salário mínimo na data que deveria ter sido pago e, quanto às vincendas, o seu valor na data do vencimento de cada prestação.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0002154-92.2006.4.03.6100

(2006.61.00.002154-7)

Parte Autora: ELIAS MOUNIR MAALOUF

Partes Rés: BANCO DO BRASIL S/A E FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Litisconsorte: NOSSA CAIXA SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: REO 1843127

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E EMPRESARIAL. AÇÃO POPULAR. TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO DE COMPANHIA SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA DE GRATUIDADE. AUTORIZAÇÃO. LEGISLATIVA ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. FISCALIZAÇÃO PELO BACEN, SUSEP E TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. REGULARIDADE FINANCEIRA DEMONSTRADA. REQUISITOS DO EDITAL ATENDIDOS. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. De acordo com a constituição e administração na Nossa Caixa Seguros e Previdência, verifica-se a existência de benefício econômico para ambas as partes, sem que tenha ocorrido a total entrega do controle acionário para a entidade privada, preservando-se os interesses do banco, de seus acionistas, empregados e usuários.

3. Não houve cessão gratuita do patrimônio da sociedade de economia mista em prol de entidade particular, mas verdadeira alienação de ações, devidamente autorizada pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, por meio de lei específica.

4. Os Estados não são obrigados a manter instituições financeiras, quer por meio de sociedades de economias mistas ou empresas públicas, sendo a criação dessa espécie de entidade uma faculdade dessas unidades federadas.

5. A sociedade operadora de seguros é equiparada, por lei, a instituição financeira (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1.986), sujeitando-se, portanto, à fiscalização tanto do Banco Central do Brasil, quanto da SUSEP. Tratando-se a subsidiária Nossa Caixa Seguros e Previdência S/A, sociedade de economia mista, é fiscalizada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

6. Por fim, a MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A demonstrou sua regularidade financeira, consistente no patrimônio líquido no valor de R\$ 189.000.000,00 (cento e oitenta e nove milhões de reais), conforme se comprova do despacho SUSEP/DECON/GEACO/DIMES/Nº 786/2005, DE 2704/2005.

7. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provi-

mento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de outubro de 2014.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de remessa oficial em ação popular proposta por ELIAS MOUNIR MAALOUF em face da Fazenda do Estado de São Paulo, do Banco do Brasil S/A e da Nossa Caixa Seguros e Previdência S/A, objetivando a suspensão, em caráter liminar, de todos os direitos e obrigações relativos ao contrato de compra e venda da Nossa Caixa Seguros e Previdência, declarando-se a inconstitucionalidade incidental da Lei Estadual nº 10.853, de 15 de julho de 2.001, impondo-se à Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A a devolução dos valores efetivamente pagos na aquisição.

Foi proferida sentença julgando improcedente o pedido deduzido pelo autor popular. Decisão sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 19, “caput”, da Lei nº 4.717/65.

Sem recurso voluntário, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovisionamento do reexame necessário, mantendo-se a sentença no termos em que proferida.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A sentença não merece reforma.

Compulsando detidamente os autos, verifico que a solução adotada pela sentença está em conformidade com o entendimento desta Relatoria.

Desta forma, a fim de evitar a desnecessária reprodução dos fundamentos já alinhavados na r. sentença, passo a reproduzi-los, adotando-os como razões de decidir:

O primeiro questionamento (a) posto pelo autor popular, de violação aos artigos 115, inciso XXI e XXII da Constituição do Estado de São Paulo não merecem acolhida. Dispõem mencionadas normas o seguinte: “Art. 115. Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas: XXI - a criação, transformação, fusão, cisão, incorporação, privatização ou extinção das sociedades de economia mista, autarquia, fundações e empresas públicas depende de prévia aprovação da Assembléia Legislativa; XXII - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.” Diferentemente do que alega o autor popular a Lei nº 10853/2001, que se constitui em instrumento legislativo estadual típico, autorizou não apenas a alienação de ações da então sociedade de economia mista, como também a criação ou participação em até 7 (sete)

sociedades subsidiárias integrais ou sociedades já constituídas (artigos 1º, 2º e 3º da lei mencionada). No que toca ao segundo ponto do pedido (b), de restar violado o princípio da legalidade, por não estar a venda das ações do Banco Nossa Caixa incluídas no PED - Programa Estadual de Desestatização, introduzido pela Lei nº 9.361/96, tem-se que a pretensão incorre em paralogismo, de sorte que escora sua tese em lei de todo inaplicável à solução da lide. *A Lei n. 9.361/96 trata, exclusivamente, da privatização do setor energético; a Lei n. 10.853/2001 cuida pontualmente da transformação do Banco Nossa Caixa em sociedade de economia mista e da alienação de suas ações; não há paralelo possível entre as duas normas, como quer o postulante.* Destarte, restam prejudicados todos os demais pontos levantados pelo autor popular, calcados na não-aplicabilidade da Lei n. 9.361/96, não merecendo acolhido pleito por ele deduzido. Quanto ao tópico terceiro (c), não se verifica, ao contrário do que invoca o autor, violação ao princípio da moralidade administrativa na constituição da nova entidade. Com efeito, *os termos em que restou estabelecida a constituição e administração na Nossa Caixa Seguros e Previdência indica, de um lado, benefício econômico para ambas as partes, sem que tenha ocorrido a total entrega do controle acionário para a entidade privada. Isso porque, não obstante o Banco Nossa Caixa tenha alienado 51% de suas ações, o certo é que por força da constituição de usufruto de 2% dessas ações, continuou a manter o controle acionário da companhia, o que indica, repita-se, preservação dos interesses do banco e, de conseguinte, ao conjunto de seus acionistas, empregados e usuários.* Rechaço, portanto, a alegação de violação ao postulado da moralidade administrativa, como posto pelo autor popular. Quanto ao item quatro (d) do pedido, igualmente não merece acolhida o pleito do autor popular. Diferentemente do que alega o autor, *não ocorreu cessão gratuita do patrimônio da sociedade de economia mista em prol de entidade particular mas, ao contrário, ocorreu sim verdadeira alienação de ações, devidamente autorizada pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, por meio de lei específica.* Desse modo, não prospera a alegação de que teria ocorrido violação ao disposto no artigo 164, 3º, pois a instituição financeira que teve suas ações da subsidiária vendida não é a única entidade financeira oficial no Estado de São Paulo, que conta com agências federais, empresa pública (Caixa Econômica Federal) e sociedade de economia mista (Banco do Brasil). Ao contrário também do que afirma o autor popular *os estados não são obrigados a manter instituições financeiras, quer por meio de sociedades de economias mistas ou empresas públicas, sendo a criação dessa espécie de entidade uma faculdade dessas unidades federadas.* Alega ainda o autor popular violação aos artigos 70 e 165, 5º, da Constituição Federal (e), em razão da omissão quanto ao sistema de controle da subsidiária então vendida. Como bem demonstrado nos autos, *a sociedade prestadora de serviços de operação de seguros é equiparada, por lei, a instituição financeira (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1.986), sujeitando-se em razão disso à fiscalização tanto do Banco Central do Brasil, quanto da SUSEP; ademais, em sendo a Nossa Caixa Seguros e Previdência S/A sociedade de economia mista, é fiscalizada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, não estando, destarte, insubmissa a controle como quer fazer crer o autor popular.* No terreno da legalidade diz o autor popular ter ocorrido violação ao critério da “aceitabilidade do preço” (1.1.), dado que a avaliação não incluiu dentre seus elementos “a cessão da rede Nossa Caixa” e que também não compuseram o preço mínimo: a) a perspectiva de negócios futuros e b) o uso da marca Banco Nossa Caixa. O laudo de avaliação juntado aos autos, por si só, desautoriza tais alegações. Como se lê dos itens 5.3.2 a 5.3.3.1 (fls. 1.487/1.490 dos autos), foram considerados pelos avaliações tanto a carteira de clientes do Banco Nossa Caixa - levando em conta também o ingresso de clientes migrados da renda Banespa, anteriormente privatizada - como também o quantitativo dos “pontos de atendimento” - agências e PAB (Postos de Atendimento Bancário) - não se podendo falar, daí, que a avaliação não considerou tais elementos. No mais, o método de avaliação utilizado pelo consórcio foi a do “Fluxo de Caixa Descontado para o Acionista (DCFE, do inglês Discounted Cash Flow to Equity)”, assim esclarecida, *verbis*: “Semelhante à metodologia do Fluxo de Caixa Descontado, o DCFE consiste em projetar os Fluxos de Caixa Operacional e não Ope-

racional da Companhia, incorporando também os Fluxos de Financiamento da Companhia e correspondentes benefícios fiscais.... As bases para a preparação do Fluxo de Caixa Operacional são principalmente as informações relativas às fontes de receitas, despesas e custos da operação, bem como receitas e despesas financeiras e alíquotas de impostos, taxas e contribuições incidentes. Assim, exemplificando, foram consideradas todas as receitas oriundas da comercialização de apólices de seguros do ramo de pessoas e planos de benefícios de previdência complementar além de outras receitas operacionais, deduzidos os impostos de PIS, COFINS, ISS e CPMF. *Os custos de operacionalização das referidas apólices, em quaisquer de suas modalidades, as despesas com benefícios e resgates, marketing, despesas administrativas, entre outras operacionais, foram consideradas para apuração do Fluxo de Caixa Operacional....* Por fim, mantendo a consistência com a metodologia utilizada, os Fluxos de Financiamentos devem ser considerados, devendo ser subtraídos ingressos de capital de terceiros, com o respectivo resultado financeiro (benefício fiscal). No caso da Companhia, não está sendo previstas qualquer forma de captação de recursos com terceiros.”(fls. 1.468/1.469 dos autos). Quanto à alegação de não possuir a Seguradora adquirente ativos bastantes no momento do procedimento de venda (1.2.), a situação é bem esclarecida pela SUSEP em sua peça de defesa, nos seguintes termos: “A MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A comprovou devidamente sua regularidade financeira, consistente no patrimônio líquido no valor de R\$ 189.000.000,00 (cento e oitenta e nove milhões de reais), conforme se comprova do despacho SUSEP/DECON/GEACO/DIMES/Nº 786/2005, DE 2704/2005. Conforme o Parecer SUSEP/DECON/GEATI/DICAT/Nº 52, de 28 de abril de 2005, foi constatada a falta de ativos livres próprios suficientes para cobrir o lance mínimo. Porém, conforme o item 4.2.IV do Edital de Venda Leilão DICES.2 nº 0001/05, que trata da pré-qualificação pela SUSEP, os interessados deveriam comprovar patrimônio líquido equivalente a, pelo menos, R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Este era, segundo o edital, o único requisito de cunho econômico, para fins de pré-qualificação e, conforme o Parecer SUSEP/DECON/GEACO/DIMES/Nº 786/2005, a MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A comprovou patrimônio líquido ajustado de cerca de R\$ 189.000.000,00 (cento e oitenta e nove milhões de reais).”Esclarece, por fim, a SUSEP: A ressalva apontada no primeiro parecer foi sanada por meio do aumento de capital da MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A, da ordem de R\$ 225.810.000,00 (duzentos e vinte e cinco milhões, oitocentos e dez mil reais), deliberado em AGE de 30 de junho de 2005, publicada no DOU de 26 de agosto de 2005, Seção I, fls. 82.”(fl. 944 dos autos). Como se lê dos claros termos da contestação apresentada pela SUSEP o aumento de capital se deu por exigência sua, não pelo Edital de Venda; daí ser imperioso concluir que a interessada atendeu, no momento do certame, a todos os requisitos mínimos postos pelo Edital, ajustando seu capital quando instada a fazê-lo e, portanto, não se há de extrair dessa dinâmica dos fatos nenhum vício de legalidade que possa ser corrigido pela via da ação popular. Quanto à alegação de ter ocorrido violação ao artigo 52, II, do ADCT da Constituição de 1.988, o certo é que *não obstante as sociedades seguradoras se “equiparem” a instituições financeiras, o certo é que para os fins postos pelo dispositivo constitucional transitório citado, não havia no ordenamento jurídico, no momento da venda, nenhuma norma jurídica distinguindo sociedades seguradoras controladas por capital estrangeiro e por capital nacional, tendo, aliás, a Advocacia Geral da União emitido Parecer n. CQ-104, em que firma entendimento no sentido da “inaplicabilidade do artigo 52 do ADCT/88 à sociedades seguradoras”, verbis: “Tipo de Ato: Parecer Número: GQ-104 Sigla: AGU Data: 29/02/1996 Data Adoto: 05/06/1996 Data Aprovo: 05/06/1996 Advogado-Geral da União GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO Consultor-Geral da União LUIZ ALBERTO DA SILVA* Ementa: 1. Pedido de anuência para cisão de sociedade seguradora, controlada por capital estrangeiro: Negativa da SUSEP, com base no art. 52 do ADCT/88 e na Resolução n 14/86, do CNSP. 2. Revisão de manifestação anterior, para concluir pela inaplicabilidade do art. 52 do ADCT/88 às sociedades seguradoras. 3. Exame da Resolução n 14/86, do CNSP, e conclusão no sentido de sua ilegalidade, *ab initio*, e, se assim não fosse, de sua revogação, por não haver sido recepçiona-

da pela Constituição de 88. 4. Inexistência, hoje, de norma jurídica distinguindo sociedades seguradoras controladas por capital estrangeiro e por capital brasileiro. 5. Competência da SUSEP para, com base na legislação vigente, apreciar a cisão pretendida, sem os entraves apresentados. Assunto: Consulta sobre capital estrangeiro” A alegação de que pelo fato de RUY MARTINS ALTENFELDER ser acionista da empresa compradora e também membro do Conselho Gestor do Programa Estadual de Desestatização (1.3.), não obstante reconheça não ter ele participado das votações nas reuniões em que o destino do Banco Nossa Caixa e o de suas subsidiárias estivesse sendo tratado, seria motivo de declaração de nulidade do certame, é alegação de total aleivosia, não merecendo guarida. Não se apresenta, na espécie, violação ao artigo 9º da Lei de Licitações, sob quaisquer de suas figuras. Por fim, quanto à alegação de ausência de existência legal da empresa vencedora do certame e de autorização necessária ao seu funcionamento (1.4.), o pleito também não merece guarida sob esses ângulos. *A requerida SUSEP, em sua contestação, esclarece com todas as tintas a situação jurídica da empresa MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A, quer no tocante a sua existência jurídica quanto à regularidade de sua atuação no mercado interno, verbis: “A MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A foi autorizada a operar por meio do Decreto nº 38.170, de 31 de outubro de 1955, publicado no DO de 02 de dezembro de 1957, fls. 26.989, sob a denominação de Vera Cruz Companhia Brasileira de Seguros, alterada para Vera Cruz Seguradora S.A. e Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A., por meio das Portarias SUSEP nº 17, de 13 de março de 1973, publicada no DOU de 11 de abril de 1973, seção I, p. II, fls. 1070, e SUSEP/DECON nº 466, de 3 de agosto de 2005, publicada no DOU de 5 de agosto de 2005, seção 1, fls. 15 e 16, respectivamente.” Acrescenta, ainda, a SUSEP: “Diversamente do alegado, a MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A e a VERA CRUZ SEGURADORA S/A não são pessoas jurídicas distintas. Para tal comprovação, basta verificar-se o número do CNPJ das referidas sociedades, para atestar que ambas são cadastradas sob o nº 61.074.175/0001-38. Além disso, apenas houve pedido de mudança da denominação social da VERA CRUZ SEGURADORA S/A para MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A, homologado pela já citada Portaria SUSEP/DECON nº 466, de 03 de agosto de 2005, sendo que esta permaneceu com o CNPJ daquela.” Esses fatos são todos comprovados documentalmente nos autos. Por fim, não vislumbro a ocorrência de violação à Lei de Responsabilidade Fiscal ou mesmo qualquer ilícito de natureza penal (2) quando da aquisição, pelo Governo do Estado de São Paulo, de parte das ações da subsidiária então criada, recebidas a título de juros sobre capital próprio. Em primeiro lugar, como restou demonstrado nos autos, no dia 24 de maio de 2.002 foi criada a subsidiária Nossa Caixa Previdência S/A; no dia 24 de agosto de 2.002 o Banco Nossa Caixa decidiu pagar os juros por capital próprio devidos à Fazenda do Estado de São Paulo mediante a cessão de 17,5% (dezessete e meio por cento) de participação na Nossa Caixa Previdência S/A, com fundamento no art. 9º da Lei n. 9.249/95. Na época da cessão - pagamento de juros sobre capital próprio - a subsidiária ainda contava com três meses de atuação no mercado, sendo aceitável que suas ações, ainda sem parâmetros objetivos de avaliação, fossem valoradas a R\$ 1,00 (um real) cada. De outro lado, não se há de falar também em violação à Lei de Responsabilidade Fiscal, considerando-se que o artigo 37, inciso II, dessa mesma lei não considera operações de crédito vedadas aquelas decorrentes de pagamento ou cessão de “lucros e dividendos”, natureza jurídica dos denominados “juros sobre capital próprio”.*

In casu, suficientes os fundamentos lançados pelo MM. Juízo *a quo* para afastar a pretensão dos autores populares.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0014421-90.2006.4.03.6102
(2006.61.02.014421-3)

Apelantes: CÉLIA MARIA DE OLIVEIRA GAGLIARDI E EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT

Apeladas: AS MESMAS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AC 1375875

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ECT. POSTAGEM DE ENCOMENDA. RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDIDO DE DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO *QUANTUM* RELATIVO AO DANO MATERIAL. VALOR NÃO DECLARADO DA ENCOMENDA. APELAÇÃO DA ECT E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, PROVIDAS.

- É pacífico nesta corte que se aplica o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a qual realiza atividade de competência exclusiva da União.

- O ordenamento jurídico brasileiro adotou a “Teoria do Risco Administrativo”, pela qual a responsabilidade do Estado em indenizar é objetiva, de modo que é suficiente a demonstração do nexo causal entre a conduta lesiva imputável à administração e o dano. Desnecessário provar a culpa do Estado, pois esta é presumida. Inverte-se o ônus da prova ao Estado que, para se eximir da obrigação deverá provar que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima.

- Como visto, o ônus da prova de fatos excludentes da responsabilidade objetiva do Estado, tal como a culpa exclusiva da vítima, ou aptos a ensejar a redução do valor da indenização, tal qual a culpa concorrente desta, é do ente estatal.

- Assim, restou incontroversa a falha no serviço, pois comprovado e admitido pelo ente público o extravio do objeto (fls. 21 e 97). Ressalte-se que a ré ofereceu indenização no valor de R\$ 284,00, consistente no seguro automático de R\$ 275,00, acrescido do preço postal de R\$ 9,50 (fl. 78).

- Entretanto, no caso dos autos inexistem elementos seguros no tocante ao quantum relativo ao dano material sofrido pela autora, conforme alegado na inicial. Os documentos de fls. 23/53 são produzidos unilateralmente.

- Por outro lado, o documento de fl. 17 emitido pela ECT, “comprovante do cliente”, consta a expressão “valor declarado não solicitado”. Não há descrição de objeto. Outrossim, consta a observação “No caso de objeto com valor, faça seguro, declarando o valor do objeto”.

- Extrai-se dos artigos 32, 33 e 47 da Lei nº 6.538/78 que os prêmios relativos a eventuais coberturas de riscos são fixados percentualmente em função do valor declarado nos objetos postais.

- Destarte, não obstante a comprovação da falha do serviço em relação à ECT, inviável o reconhecimento da quantia alegada na inicial a título de dano material, ante a

inexistência de valor declarado ou descrição do objeto no ato da remessa.

- O depoimento de fl. 149 restou isolado nos autos, já que inexistente prova documental apta a comprovar o alegado valor do dano.

- No caso em tela, entende-se que o extravio da encomenda sem prova de seu valor intrínseco não tem o condão de ensejar indenização, porquanto se trata de mero aborrecimento e irritação. Desta forma, e principalmente porque não houve comprovação de qualquer lesão à honra, imagem ou reputação da autora, não há que se falar em indenização por danos morais.

- Quanto aos lucros cessantes, por deixar de atender outros pacientes para realizar novamente o trabalho odontológico, tem-se a alegação, sem qualquer elemento probatório apto a atestar a quantia aludida. A prova testemunhal é vaga e imprecisa nesse sentido (fl. 149).

- Apelação da ECT provida para julgar improcedente o pedido do autor. Prejudicado o apelo da autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria rejeitar a preliminar de incompetência da 2ª Seção, suscitada pela Desembargadora Federal Marli Ferreira e, no mérito, por maioria, dar provimento à apelação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e julgar prejudicado o apelo da autora, nos termos do relatório e voto da E. Relatora que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencido o Desembargador Federal André Nabarrete que negava provimento à apelação da ECT, e dava provimento à apelação da parte autora para majorar o valor da indenização para R\$ 10.000,00.

São Paulo, 02 de outubro de 2014.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações interpostas por ambas as partes, visando reformar a r.sentença que, em sede de ação ordinária proposta por Célia Maria de Oliveira Gagliardi contra Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, julgou procedente o pedido de indenização por danos materiais e danos morais decorrentes do extravio de mercadoria (prótese odontológica), bem como indenização pelo dano correspondente à renovação dos serviços de elaboração e colocação da prótese.

A indenização em reparação dos gastos com a postagem e com a prótese extraviada foi fixada em R\$ 989,50 (novecentos e oitenta e nove reais e cinquenta centavos), a compensação por dano moral o foi em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) e a indenização pelo dano material correspondente à renovação dos serviços de elaboração e colocação da prótese deve ser apurada na forma dos artigos 475-C e 475-D do CPC. A correção e juros a serem apurados pela taxa Selic (art. 406, CC) que incide desde a citação. A empresa ré foi, ainda, condenada ao pagamento das custas adiantadas pela autora, bem como de honorários advocatícios, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Em prol de seu pedido, Célia Maria de Oliveira Gagliardi alega a responsabilidade objetiva da ECT, eis que atua na condição de empresa pública prestadora de serviços públicos, devendo, pois, indenizar os usuários de seus serviços pelos danos materiais e morais a eles causados em decorrência de perda ou danificação de objeto postal devidamente registrado.

Ademais, presentes a conduta ilícita da ré e onexo causal, uma vez que o fato ocasionou prejuízos e diminuição no patrimônio da autora, além de abalo pessoal e profissional, diante da necessidade de realizar novamente todas as consultas e todos os trabalhos.

Aduz que o evento resultou em inúmeros dissabores à autora, dentre eles a frustração de ver seu trabalho perdido, bem como a vergonha perante sua paciente, considerada a necessidade de realizar novamente todas as consultas e procedimentos.

Sustenta que não foram considerados a capacidade financeira da apelada e o abalo pessoal e profissional sofrido, ao se quantificar a indenização por dano moral, a qual deve ser majorada.

A ECT, por sua vez, alega a sua irresponsabilidade em relação à correspondência sem declaração de valor, posto que a autora optou por não declarar o conteúdo e o valor do objeto postal, conforme consta no comprovante de pagamento de serviço postal.

De outra feita, o serviço SEDEX contratado pela autora possui um seguro automático em que é pago um valor fixo (R\$ 284,00), acrescido do valor da postagem, que já lhe foi oferecido, porém ela o recusou.

Assevera que não é possível tomar conhecimento do conteúdo diante da inviolabilidade do serviço postal.

Afirma a inexistência de dano moral e de demonstração do efetivo prejuízo em relação à reputação da apelada.

Por fim, requer seja reformada a condenação a título de honorários advocatícios, posto que exageradamente elevada.

Com contrarrazões subiram os autos.

É o relatório

Á revisão.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

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

É pacífico nesta corte que se aplica o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a qual realiza atividade de competência exclusiva da União.

A Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no mencionado dispositivo de modo a responsabilizá-lo por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável em caso de dolo ou culpa.

Deste modo, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a “Teoria do Risco Administrativo”, pela qual a responsabilidade do Estado em indenizar é objetiva, de modo que é suficiente a demonstração do nexocausal entre a conduta lesiva imputável à administração e o dano. Desnecessário provar a culpa do Estado, pois esta é presumida. Inverte-se o ônus da prova ao Estado que, para se eximir da obrigação deverá provar que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima. (AGA 200400478313, LUIZ FUX, STJ; AGA 200000446610, GARCIA VIEIRA, STJ)

Veja-se que esta turma já se posicionou no sentido de que para fazer jus ao ressarcimento em juízo, cabe à vítima provar o nexo de causalidade entre o fato ofensivo, que segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal pode ser comissivo ou omissivo, e o dano, assim como o seu montante. De outro lado, o poder público somente se desobrigará se provar a culpa exclusiva do lesado. Confira-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. ILEGIMIDADE ATIVA EM RELAÇÃO À PARTE DO PEDIDO. INTERESSE DE AGIR E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONFIGURAÇÃO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. ART. 72, § 1º, “A”, CPC. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DE OMISSÃO. LESÃO, DANO MATERIAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

(...)

VII - A Constituição Federal de 1988 impõe ao estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros, por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa (Art. 37, § 6º). Tal norma firmou, em nosso sistema jurídico, o postulado da responsabilidade civil objetiva do poder público, sob a modalidade do risco administrativo. A doutrina é pacífica no que toca à sua aplicação em relação aos atos comissivos, contudo diverge em relação aos atos omissivos. Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o referido princípio constitucional se refere tanto à ação quanto à omissão.

VIII - Para fazer jus ao ressarcimento em juízo, cabe à vítima provar o nexo causal entre o fato ofensivo, que segundo a orientação citada pode ser comissivo ou omissivo, e o dano, assim como o seu montante. De outro lado, o poder público somente se desobrigará se provar a culpa exclusiva do lesado.

(...)

(APELREEX 00030483320044036102, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Portanto, o ônus da prova de fatos excludentes da responsabilidade objetiva do Estado, tal como a culpa exclusiva da vítima, ou aptos a ensejar a redução do valor da indenização, tal qual a culpa concorrente desta, é do ente estatal.

Assim, restou incontroversa a falha no serviço, pois comprovado e admitido pelo ente público o extravio do objeto (fls. 21 e 97). Ressalte-se que a ré ofereceu indenização no valor de R\$ 284,00, consistente no seguro automático de R\$ 275,00, acrescido do preço postal de R\$ 9,50 (fl. 78).

Entretanto, no caso dos autos, inexistem elementos seguros no tocante ao *quantum* relativo ao dano material sofrido pela autora, conforme alegado na inicial. Os documentos de fls. 23/53 foram produzidos unilateralmente.

Por outro lado, o documento de fl. 17 emitido pela ECT, “comprovante do cliente”, consta a expressão “valor declarado não solicitado”. Não há descrição de objeto. Outrossim, consta a observação “No caso de objeto com valor, faça seguro, declarando o valor do objeto”.

Extrai-se dos artigos 32, 33 e 47 da Lei nº 6.538/78 que os prêmios relativos a eventuais coberturas de riscos são fixados percentualmente em função do valor declarado nos objetos postais. Transcreve-se:

Art. 32 - O serviço postal e o serviço de telegrama são remunerados através de tarifas, de preços, além de prêmios “ad valorem” com relação ao primeiro, aprovados pelo Ministério das Comunicações.

Art. 33 - Na fixação das tarifas, preços e prêmios “ad valorem”, são levados em consideração natureza, âmbito, tratamento e demais condições de prestação dos serviços.

§ 1º - As tarifas e os preços devem proporcionar:

- a) cobertura dos custos operacionais;
- b) expansão e melhoramento dos serviços.

§ 2º - Os prêmios “ad valorem” são fixados em função do valor declarado nos objetos postais.

Art. 47 - Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

(...)

PRÊMIO - importância fixada percentualmente sobre o valor declarado dos objetos postais, a ser paga pelos usuários de determinados serviços para cobertura de riscos.

Destarte, não obstante a comprovação da falha do serviço em relação à ECT, inviável o reconhecimento da quantia alegada na inicial a título de dano material, ante a inexistência de valor declarado ou descrição do objeto no ato da remessa.

Com efeito, esta Turma já assentou entendimento no sentido de que a prova dos fatos constitutivos do direito à indenização consubstancia-se com a declaração de valor da encomenda, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSÊNCIA DE PROVAS DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO À INDENIZAÇÃO.

I - Não restando demonstrado, nos autos, por meio de prova documental convincente, o valor da correspondência que teria sido extraviada pelos Correios, afasta-se o pretense direito à indenização pleiteada, cabendo apenas a indenização do valor da postagem. Inteligência do artigo 31 do Decreto nº 83.858/79.

II - Apelação improvida. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004952-45.2000.4.03.6000/MS-REL.: Des.Fed. Marli Ferreira)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE VALOR DA MERCADORIA.

Ao transferirem o ônus de especificação de provas ao magistrado sentenciante, os recorrentes assumiram o risco de que ele tivesse formado sua convicção e dispensasse a prova oral, ainda mais porque deixaram transcorrer o prazo para apresentação de rol de testemunhas, operando-se a inevitável preclusão. Preliminar de cerceamento de defesa que se afasta.

Para que o ressarcimento do prejuízo material se concretizasse nos termos pretendidos, seria necessária a declaração de valor da mercadoria, o que não ocorreu no caso dos autos. A teoria da responsabilidade objetiva apenas desobriga a vítima de comprovar a culpa, persistindo, porém, a obrigação de se demonstrar o dano material e o nexo de causalidade com a conduta do agente.

No que tange ao prejuízo moral, assim definido como a dor e o sofrimento decorrentes do fato de ter sido extraviada a mercadoria enviada aos recorrentes, este não foi suficiente para ensejar uma indenização, vez que não houve prova efetiva do valor intrínseco da mercadoria, tratando-se de mero aborrecimento e irritação do cotidiano, que por mais desagradável que seja não tem o condão de causar ofensa à sua moral a ponto de ensejar

uma reparação financeira.

Apelação improvida. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001465-37.2010.4.03.6123/SP-REL.: Des. Fed. Marli Ferreira-grifei)

Nesse sentido:

AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CORRESPONDÊNCIA ENTREGUE COM ATRASO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RESULTADO DANOSO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. 1. O dano oriundo de uma atuação estatal pode se dar em função de uma atuação positiva do Estado ou em função de uma atuação negativa ou não-atuação (omissão). 2. Quando é o Estado quem produz o dano através de uma atuação positiva, aplica-se a regra da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, CF/1988, cujo aspecto característico reside na desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. 3. Para que o ente público responda objetivamente, é suficiente que se prove a conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo de causa e efeito entre ambos. Trata-se da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria do risco administrativo. 4. *Na hipótese dos autos, restou demonstrada a responsabilidade da ECT pela deficiência na prestação do serviço que culminou no atraso na entrega da correspondência da autora. No entanto, não há como condenar a ré quanto à indenização por danos materiais ou morais, ante a ausência de demonstração da existência de resultado danoso e nexo de causalidade.* 5. A autora não trouxe aos autos nenhum documento que comprove os prejuízos materiais ou morais eventualmente sofridos em razão do atraso na entrega dos documentos enviados via SEDEX. 6. *Na ausência de declaração do conteúdo, que deveria ter sido feita no momento da postagem, incabível a indenização, seja por dano material além do declarado, seja por dano moral, eis que impossível a sua avaliação, ainda que estimada.* 7. *Apelação a que se nega provimento.*

(AC 00023398720074036103, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.-grifei)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. ECT. MONOPÓLIO. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTRAVIO ENCOMENDA VIA POSTAL. ECT. VALOR DO CONTEÚDO NÃO DECLARADO. FALTA COMPROVAÇÃO DE DANO E NEXO CAUSAL. RESSARCIMENTO DO VALOR DA POSTAGEM. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DO DANO INDENIZÁVEL.

1. A responsabilidade da pessoa jurídica de direito público e de empresa pública prestadora de serviço de mesma natureza - em especial em regime de monopólio - é, em princípio, objetiva, tanto por ato próprio como por ato de seus prepostos (agentes), como prevê o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, na condição de concessionária de serviços públicos, obriga-se a indenizar os usuários de seus serviços pelos danos causados pela ineficiência na entrega da mercadoria enviada (art.5º, V, c/c art.37, caput da CF/88). O serviço postal é disciplinado pela Lei nº 6.538/78 e o seu, § 2º, art. 33, regulamenta a forma de fixação do valor de indenização pago pela ECT).

3. Os autores deixaram de declarar quando do ato de postagem o valor do conteúdo da encomenda. No documento respectivo, emitido pela ECT no ato do atendimento ao autor, consta somente o valor da postagem.

4. *Não havendo declaração do conteúdo e do valor do objeto postado, o ressarcimento, em caso de extravio, é tarifado, não guardando relação com o valor intrínseco da encomenda. Indeniza-se apenas o preço postal pago pelos clientes para o envio da encomenda, que corresponderia ao único prejuízo sobre cuja existência não haveria qualquer dúvida ou incerteza.*

5. *A circunstância de a responsabilidade da ECT ser objetiva apenas afasta do autor a necessidade de comprovar a existência de culpa daquela, mas não lhe retira o ônus de provar a existência do dano e o nexo de causalidade. In casu, os autores só conseguiram provar a existência de dano e nexo causal em relação ao valor da postagem. A ausência de declaração de conteúdo e do respectivo seguro não pode ensejar responsabilidade da ECT.*

6. Ainda que aplicável a teoria do risco objetivo dos prestadores de serviços públicos, ou seja, ainda que o ato ilícito seja prescindível à responsabilização, não se imputa à ECT responsabilidade pelo ressarcimento dos pretendidos danos morais.

7. Apesar de configurado o extravio da correspondência, não se extrai do prejuízo experimentado nenhum tipo de vexame, humilhação ou alteração na ordem psíquica que legitime o pagamento da indenização pretendida.

8. Não ficou evidentemente demonstrado que a parte tenha suportado maiores consequências, mas tão-somente as perturbações habituais a que dispõe o usuário dos serviços desta natureza. Incabível, portanto, o reconhecimento do dano moral.

9. Apelação da parte autora improvida, e apelação da parte parcialmente provida. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015527-98.2003.4.03.6100/SP-REL.: Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira-grifei)

Destarte, o depoimento de fl. 149 restou isolado nos autos, já que inexistente prova documental apta a comprovar o alegado valor do dano.

No mais, o dano moral, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser indenizável quando houver violação às garantias fundamentais previstas no inciso X do art. 5º (*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*).

Nesse sentido temos a definição de Cahali:

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a "parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta e indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)."

(CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª edição. São Paulo: RT 1998, pág. 20)

Oportuna, ainda, a definição de Orlando Soares:

O conceito de dano moral diz respeito à ofensa ou violação que não fere propriamente bens patrimoniais de uma pessoa - o ofendido-, mas os seus bens de ordem moral, tais como os que se referem à sua liberdade, honra (à sua pessoa ou à de sua família), compreendendo-se na idéia de honra o que concerne à fama, reputação, conceito moral. Estima e outros.

Necessária, pois, a verificação se, em sentido amplo, houve qualquer acinte à dignidade humana, composta por um misto de direitos, tais como a intimidade, privacidade, honra, imagem, integridade física e psíquica entre outros.

Para que haja efetivo ataque a tais direitos, é necessário que a dor, vexame, humilhação sofridos extravasem a normalidade, "interferindo intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissa-

bor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos (sic) tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 99).

Observe-se que o sofrimento deve ser consequência de uma lesão a direito da personalidade, à dignidade humana; mas não exige para sua configuração uma determinada forma de ilícito; o que importa, é a repercussão que tal ilícito possa ter. Assim, por exemplo, um acidente de trânsito pode gerar a responsabilização por danos morais ou não, conforme a repercussão específica sobre suas vítimas, conforme suas particularidades. Em suma, um mesmo evento pode ou não gerar danos morais, conforme as peculiaridades do caso concreto.

No caso em tela, também na linha dos precedentes colacionados, entende-se que o extravio da encomenda sem prova de seu valor intrínseco não tem o condão de ensejar indenização, porquanto se trata de mero aborrecimento e irritação.

Desta forma, e principalmente porque não houve comprovação de qualquer lesão à honra, imagem ou reputação da autora, não há que se falar em indenização por danos morais.

Quanto aos lucros cessantes, por deixar de atender outros pacientes para realizar novamente o trabalho odontológico, tem-se a alegação sem qualquer elemento probatório apto a atestar a quantia aludida. A prova testemunhal é vaga e imprecisa nesse sentido (fl. 149).

O pedido, portanto, deve ser declarado improcedente.

Tendo em vista que a autora sucumbiu integralmente, deve ser condenada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e julgo prejudicado o apelo da autora. Condenada a parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

É como voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0003635-62.2008.4.03.6119
(2008.61.19.003635-7)

Agravante: JOSÉ CARLOS MARINHO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: JOSÉ CARLOS MARINHO
Apelado: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA -
INFRAERO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AMS 312604
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2014

EMENTA

AGRAVO. ARTIGO 557 DO CPC. ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE DESPACHANTE ADUANEIRO. RENOVAÇÃO DE CREDENCIAL. ACESSO A ÁREAS ALFANDEGADAS DE SEGURANÇA NACIONAL. AEROPORTO INTERNACIONAL. ANTECEDENTES SOCIAIS. CERTIDÃO POSITIVA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIMES RELACIONADOS COM O TIPO DE ATIVIDADE EXERCIDA PELO REQUERENTE. IMPEDIMENTO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NÃO VIOLADO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. DISCRICIONARIEDADE. EXIGÊNCIA RAZOÁVEL, PROPORCIONAL E LEGAL. AFASTADA A APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 444 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A negativa de renovação da credencial para acesso do impetrante, despachante aduaneiro, às áreas alfandegadas de Segurança Nacional, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, fundamentou-se na falta de atendimento à Norma Interna nº 12.02/A (SEA), incisos III e VII; e à Instrução de Aviação Civil IAC 107-1006 RES, item 3.7.4. Tais normativos elencam expressamente como documentos obrigatórios, a apresentação de certidão negativa junto aos órgãos de justiça que comprovem a idoneidade do solicitante.

2. Em se tratando de áreas de Segurança Nacional, o acesso é restrito a pessoas previamente identificadas e após verificados os antecedentes sociais do requerente. A exigência de apresentação de atestado de antecedentes criminais é prática comum na admissão de funcionários e não configura ofensa ao princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

3. A exigência contida nos normativos, como decorrência da discricionariedade administrativa, é razoável, proporcional e não fere o princípio da legalidade.

4. No caso em comento, considerando-se, a profissão do impetrante - despachante aduaneiro - e os tipos penais que lhe são imputados (Falsidade Ideológica; Uso de Documento Falso; Corrupção Passiva; Facilitação de Contrabando ou Descaminho; Prevaricação; Condescendência Criminosa; Corrupção Ativa; Descaminho; Favorecimento Pessoal; Crimes contra a Ordem Tributária e Sonegação Fiscal), seria um contrassenso permitir seu acesso a áreas de Segurança Nacional, porque os crimes imputados ao agente relacionam-se com o tipo de atividade por ele exercida e atentam, em tese, contra a Administração Pública.

5. O princípio da presunção de não culpabilidade não resta violado porque aqui se busca a investigação do perfil social do requerente para o exercício de determinada profissão, que exige o ingresso em áreas restritas.
6. Diante do princípio da supremacia do interesse público ao privado, a averiguação da conduta social do requerente é plenamente justificável.
7. Conquanto a Súmula nº 444 do STJ afaste a consideração de inquéritos e ações penais em curso, para fins de maus antecedentes, tal limitação refere-se exclusivamente à Jurisdição Criminal e para a dosimetria da pena.
8. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto por *José Carlos Marinho*, em face da decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação interposto pelo autor.

O apelante alega que:

- a) a decisão contraria o princípio constitucional da presunção da inocência ou da não culpabilidade;
- b) a INFRAERO não detém competência legislativa para editar “normas de segurança” em desacordo com o ordenamento jurídico, mas tão somente para gerir a infraestrutura aeroportuária;
- c) conquanto haja ações criminais em andamento, seus antecedentes criminais não registram apontamentos;
- d) os crimes que lhe foram imputados “foram perpetrados pelos importadores, para os quais [...] trabalhou apenas como mandatário, e que usaram de [sua] boa-fé [...] para efetivar o ato ilícito, e isto tem sido provado na esfera penal” (f. 177);

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

A decisão monocrática de f. 168-170 foi proferida nos seguintes termos:

A negativa de renovação da credencial para acesso do impetrante, despachante aduaneiro, às áreas alfandegadas de Segurança Nacional, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, fundamentou-se na falta de atendimento à Norma Interna nº 12.02/A (SEA), incisos III e VII; e à Instrução de Aviação Civil IAC 107-1006 RES, item 3.7.4.

Tais normativos elencam expressamente como documentos obrigatórios, a apresentação de certidão negativa junto aos órgãos de justiça que comprovem a idoneidade do solicitante.

Extraí-se, ainda, dos normativos que, em se tratando de áreas de Segurança Nacional, o acesso é restrito a pessoas previamente identificadas e após verificados os antecedentes sociais do requerente.

In casu, foi apontado na certidão de f. 28 que o impetrante figura como réu nas ações penais públicas nº 2006.61.05.009502-2, 2006.61.05.009625-7 e 2006.61.05.012056-9, como incurso nas sanções dos arts. 299, 304, 317, 318, 319, 320, 333, § único, 334 e 348 todos do Código Penal; 1º ao 3º da Lei nº 8.137/90 e 1º da Lei nº 4.729/65.

A exigência de apresentação de atestado de antecedentes criminais é prática comum na admissão de funcionários e não configura ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Com efeito, tratando-se de área de Segurança Nacional, a Administração Pública buscou restringir o acesso e fê-lo por meio de instruções normativas, cabendo aos interessados atender aos requisitos nelas exigidos.

Cumpra mencionar, neste particular, que a exigência contida nos normativos, como decorrência da discricionariedade administrativa, é razoável, proporcional e não fere o princípio da legalidade.

Por outro lado, considerando-se, a profissão do impetrante - despachante aduaneiro - e os tipos penais que lhe são imputados (Falsidade Ideológica; Uso de Documento Falso; Corrupção Passiva; Facilitação de Contrabando ou Descaminho; Prevaricação; Condescendência Criminosa; Corrupção Ativa; Descaminho; Favorecimento Pessoal; Crimes contra a Ordem Tributária e Sonegação Fiscal), seria um contrassenso permitir seu acesso a áreas de Segurança Nacional. Com efeito, o acesso é permitido a pessoas após a avaliação de sua conduta social, que se revela, no caso, esvaziada de confiabilidade justamente porque os crimes imputados ao agente relacionam-se com o tipo de atividade por ele exercida e atentam, em tese, contra a Administração Pública.

Assim, tratando-se de despachante aduaneiro acusado formalmente por sonegação fiscal e facilitação de contrabando e descaminho, entre outros crimes, o livre acesso às áreas alfandegadas do Aeroporto Internacional de Guarulhos, deve mesmo ser impedido.

Deveras, o princípio da presunção de não culpabilidade não resta violado porque aqui se busca a investigação do perfil social do requerente para o exercício de determinada profissão, que exige o ingresso em áreas restritas.

Frise-se que, diante do princípio da supremacia do interesse público ao privado, a averiguação da conduta social do requerente é plenamente justificável.

Por fim, acrescente-se que, conquanto a Súmula nº 444 do STJ afaste a consideração de inquéritos e ações penais em curso, para fins de maus antecedentes, tal limitação refere-se exclusivamente à Jurisdição Criminal e para a dosimetria da pena.

A corroborar o entendimento acima esposado, colho os seguintes julgados:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PENAL. ATOS INCOMPATÍVEIS COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA. REGRA PREVISTA NO EDITAL. LEGALIDADE. MORALIDADE. RAZOABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Em que pese a ampla devolutividade que marca o recurso ordinário, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de não ser possível a apreciação de questões suscitadas apenas por ocasião da sua interposição. Precedentes.

2 - Cabia ao autor, nos termos do art. 333 do CPC, a imediata prova do fato constitutivo do seu direito, mormente em se tratando de mandado de segurança, ação que não admite dilação probatória, mas desse ônus não se desincumbiu. Dessarte, na ausência de prova documental robusta que permita um juízo em contrário, presumem-se legítimos os atos praticados pela Administração, tanto mais quando validados pelo acórdão recorrido.

3 - Não se desconhece a farta jurisprudência desta Corte, e também do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio constitucional da presunção de inocência impede a exclusão de candidatos pelo simples fato de responderem a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado. Todavia, não é esta a hipótese dos autos - e nem mesmo o recorrente a invoca - porque o quadro fático delineado desde a exordial direciona a discussão para o campo de outros princípios (legalidade, moralidade e razoabilidade), estes, sim, os parâmetros que se mostram adequados, à luz dos fatos que deram origem ao ato impugnado.

4 - A legalidade da exclusão do impetrante do rol dos aprovados é inconteste pois, como ele próprio admite, 'é bem verdade que o edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato'.

5 - Ora, se é possível entender a moralidade administrativa como sendo a 'atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé', tal como preconiza o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.784/1999, nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais.

6 - Razoabilidade, tal como a apresenta a lei vigente, é 'a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público' (Lei nº 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso VI). À luz desse preceito, e tendo em mente as funções do policial militar, mostra-se indefensável a tese de que a exigência de certidão criminal negativa seria restrição maior do que aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, até porque, por qualquer ângulo que se possa apreciar a questão, é certo que a razoabilidade se interpreta pro societatis, e não em função dos interesses particulares.

7 - Os princípios jurídicos que o impetrante invoca em favor de sua pretensão, a saber, legalidade, moralidade e razoabilidade, são exatamente os preceitos que impedem o seu ingresso nos quadros da Força Policial.

8 - Recurso ordinário a que se nega provimento"

(ROMS 201002080243, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 21/11/2013 RSTJ VOL.: 00233 PG: 00077 .. DTPB:.)

"ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE VIGILANTE. REGISTRO DE CURSO DE RECICLAGEM PARA ATIVIDADE DE SEGURANÇA PRIVADA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ANTECEDENTES CRIMINAIS.

1. O Agravante não preenche os requisitos exigidos pela Lei 7.102/83, uma vez que responde a inquérito militar perante a Justiça Militar de Brasília/DF, o que caracteriza a ausência da idoneidade exigida pela lei para a habilitação na profissão de vigilante.

2. De outro lado, não se pode contrapor, no caso, o princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto não se trata aqui de garantia de direito fundamental do cidadão, mas, sim, de investigação do perfil social do interessado, a fim de se aferir se ele possui ou não conduta adequada para o exercício da referida profissão.

3. Agravo de instrumento desprovido".

(TRF-1, 5ªT, AI nº 200701000298320, Rel. Juiz Fed. César Augusto Bearsi, j. 26/03/2008, maioria, DJU 06/06/2008).

Ante o exposto e com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO à apelação.

As alegações trazidas pelo agravante não abalam os fundamentos contidos na decisão monocrática.

Assim, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0013805-59.2009.4.03.9999
(2009.03.99.013805-8)

Apelantes: MARIA CRISTINA DOS SANTOS VILELA E VINICIUS VILELA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1416119
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2014

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PENSÃO. IDADE LIMITE 25 ANOS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO PELO INSS. CULPA DO EMPREGADOR CARACTERIZADA. NEGLIGÊNCIA. 13º SALÁRIO. DIREITO DE ACRESCER. QUANTUM INDENIZATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS MORATÓRIOS.

1. Os autores pretendem a reforma da sentença a fim de que a seja ré seja condenada ao pagamento de a indenização por danos material e moral, decorrentes de acidente do trabalho, o qual a vítima, marido e pai dos autores, sofreu durante a prestação de serviço como manobrador de trens, vindo a falecer no local de trabalho.

2. Deflui da regra do artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal que o empregador é obrigado a indenizar seu empregado quando incorrer em culpa ou dolo. Também a jurisprudência do STJ é no sentido de que nos casos de acidente do trabalho deve ser aplicada, em regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, havendo necessidade de se fazer perquirições em relação à culpa e o dolo do agente.

3. Verifica-se, portanto, da prova colhida nos autos que restou comprovado todos os elementos da responsabilidade subjetiva, ante a existência de nexos causal entre o dano causado à vítima e a omissão da apelada, pois mesmo sabedora do risco envolvido na atividade da vítima, foi negligente em não exercer a necessária fiscalização para que o trabalho fosse executado de forma segura, seja na realização das manobras ou no transporte de seus funcionários, devendo, portanto, responder pelos danos causados aos autores.

4. Não há como entender-se pela culpa exclusiva ou, ao menos, concorrente da vítima, para afastar a responsabilidade da apelada, uma vez que, para realização do trabalho, ao contrário do alegado, havia necessidade de se posicionar entre os vagões ou sob eles, e ainda, mesmo que somente ao lado, não se demonstrou que a vítima se mostrou descuidada ou desidiosa, ante os testemunhos tomados nos autos e já citados.

5. A percepção de pensão acidentária pelo órgão previdenciário não impede a cumulação com pensão paga pelo causador do dano. Aquela é oriunda de seguro pago pelas empresas e pelo próprio segurado à seguridade social, ou seja, tem natureza diversa, portanto, afastado o pedido da apelada de que seja descontado o valor que os autores recebem do INSS a título de pensão.

6. Assinalo que se tratando de pensão pela morte do pai a obrigação vai até a idade em que a menor completar 25 anos, período em que se considera presumida a depen-

dência econômica do filho. (STJ, 3ª Turma, REsp 650.853, Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13/6/2005).

7. No que diz respeito ao 13º salário, tratando-se de pedido de indenização decorrente de acidente de trabalho, oriundo, portanto, de uma relação de emprego, resta evidente que a vítima o recebia, portando, é devida sua inclusão na pensão mensal.

8. Em relação ao direito de acrescer da viúva da vítima, o pedido dos autores encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o beneficiário da pensão decorrente do ilícito civil tem o direito de acrescer à sua cota a quantia devida aos filhos da vítima que deixarem de receber tal benefício. Veja-se o precedente do STJ.

9. Afasto as ponderações da apelada, pois no presente caso, o tempo decorrido entre o acidente e o início desta ação não denota diminuição da dor moral, nem se traduz por pretensão de lucro fácil, aliás, afirmação que só demonstra a desconsideração com a condição humana dos autores, esposa e filho da vítima. Com as considerações tecidas, arbitro a compensação do dano moral em 300 salários mínimos e, sendo vedada a fixação da indenização em salários mínimos, fixo-a no valor de seu equivalente nesta data em R\$ 289.600,00 (duzentos e oitenta e nove mil seiscentos reais), a ser rateado entre os autores.

10. Visto que não foi determinada a constituição de capital para assegurar o valor da pensão, indefiro em parte o requerido pelo apelante, quanto à incidência do parágrafo 5º do artigo 20 do CPC, devendo as verbas incidirem sobre o montante fixado a título de dano moral e sobre as prestações das pensões vencidas e mais um ano das vincendas (EREsp nº 109.675-RJ, relator designado Ministro Cesar Asfor Rocha; REsp nº 352.919-RJ, relator Ministro Fernando Gonçalves).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de setembro de 2014.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de apelação interposta pelos autores Maria Cristina dos Santos Vilela e Vinícius Vilela contra a sentença que julgou improcedente o pedido de reparação por dano material e moral, decorrente de acidente de trabalho sofrido por seu marido e pai.

Na inicial os autores relatam que são viúva e filho de Paulo César Vilela, que era empregado da Rede Ferroviária Federal - RFFSA e que no dia 10 de novembro de 1989, quando desempenhava sua função manobrador no terminal de cargas da Estação Engenheiro São Paulo, no bairro Brás, e ao engatar um vagão ao outro foi surpreendido pela volta de um deles, vindo, cair sob os vagões, causando-lhe a morte.

Alegou que a responsabilidade pelo acidente é da ré, em decorrência das precárias condições de segurança existentes no local e pela falta de equipamento individual de proteção, sendo que o trabalho deveria ser realizado por um número maior de funcionários, o que possivelmente evitaria acidentes deste tipo.

Assevera que estão presentes todos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, razão pela qual requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, consistente em pensão mensal vencidas e vincendas, com base no salário da vítima, observada e equivalência de salários mínimos, devidos desde a época do acidente, pagas diretamente a viúva, a qual vem arcando com o sustento da família, com 13º salário, constituindo-se capital para garantir as vincendas.

Requereu ainda a fixação de indenização decorrente do dano moral em, no mínimo, 300 salários mínimos, devendo ambas indenizações serem acrescidas de juros na forma do artigo 962 do Código Civil e correção monetária a todas as verbas fixadas.

Solicitou os benefícios da gratuidade de justiça, apresentou documentos de fls. 11/52 e deu a causa o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Citada, a RFFSA ofereceu contestação sustentando que não concorreu culposamente para o evento, pois o autor já estava na função há mais de dois anos, tendo sido treinado quando da contratação, asseverando que, diferentemente do informado na petição inicial, o acidente se deu quando o vagão, ao ser acoplado, retornou e bateu contra a vítima, causando-lhe corte profundo no pescoço, conforme descrito no Boletim de Ocorrência, cuja cópia foi anexada às fls. 24/30, portanto, a vítima faleceu em decorrência da lesão causada.

Expõe que as manobras são sempre realizadas na presença de um encarregado, superior ao manobrador que, em regra, trabalha com mais um colega e após os estabelecerem como será efetivada a manobra, é o manobrador quem dá as ordens ao maquinista para recuar ou adiantar o trem.

Aduz que os equipamentos de segurança não impediriam o acidente, visto que a vítima estava em local impróprio, atrás do vagão, e não na entrevia (espaço lateral entre uma linha e outra ou entre a linha e o muro), como recomendam as normas, de forma que não houve negligência por parte da ré, sendo que o evento se deu por caso fortuito, imprudência ou negligência da vítima.

Anexou documentos de fls. 75/116.

A réplica foi apresentada às fls. 122/127, sendo intimado o Ministério Público, em razão da menoridade do coautor Vinicius, à época da tramitação do feito.

As partes foram intimadas para especificarem as provas a produzir, sendo que às fls. 134 o MM. Juiz de Direito deu o feito por saneado, deferindo as provas, designando audiência de instrução e julgamento.

Foi produzida prova oral, com audiência para oitiva das testemunhas dos autores e do Ministério Público, cujas atas encontram-se às fls. 147/8, 181/2.

As partes apresentaram memoriais às fls. 196/99, 201/214 e 216/224.

O d. Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido e condenou os autores nas custas e despesas processuais, com pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), suspendendo seu pagamento em razão dos autores serem beneficiados da Justiça Gratuita.

Apelaram os autores postulando a alteração do julgado, reiterando os termos da inicial, afirmando que houve negligência da ré, pois há prova nos autos de que o trem saiu sem con-

trole da locomotiva, sendo a tarefa de difícil realização e precárias as condições de trabalho, confirmadas pelas testemunhas ouvidas, restando demonstrada a culpa da empregadora (fls. 232/242).

Com a apresentação das contrarrazões da ré às fls. 256/262 e do parecer do Ministério Público às fls. 264/7, os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo que, com a decisão lançadas às fls. 292/5 foi determinada a remessa ao Tribunal Regional do Trabalho, em face da qual foram opostos embargos de declaração, os quais não foram conhecidos (fls. 305/7).

Os autos foram remetidos ao TRT, onde foi suscitado conflito de competência perante Superior Tribunal do Trabalho (fls. 350/2).

Às fls. 356/362 foi proferida decisão, reconhecendo a competência da Justiça Estadual, vindo os autos a serem redistribuídos a esta Corte, ante a sucessão da ré RFFSA pela União, em razão de decisão de fls. 498/204.

É o relatório.

À doutra revisão.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Os autores pretendem a reforma da sentença a fim de que a seja ré seja condenada ao pagamento de indenização por danos material e moral, decorrentes de acidente do trabalho, o qual a vítima, marido e pai dos autores, sofreu durante a prestação de serviço como manobrador de trens, vindo a falecer no local de trabalho.

Preliminarmente, ressalto que o ingresso no feito da União Federal, por sucessão à RFFSA nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 11.483/2007 ocorrida após a prolação da sentença, deslocou a competência para o reexame recursal para esta Corte Federal, conforme decidido às fls. 399/402, no entanto, é inaplicável ao caso o reexame necessário, pois à época em que proferida a sentença não havia ocorrido ainda a sucessão da RFFSA pela União Federal. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, vu. AI 200903000029532, AI 361556. Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA. DJF3 CJI 17/08/2009, p. 483. J. 18/06/2009), (TRF 3ª Região, 3ª Turma, vu. AC 200103990205796, AC 689182. Rel. JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO. DJU 25/04/2007, p. 370. J. 13/12/2006).

Desnecessária a oitiva do Ministério Público Federal, visto que cessada a menoridade de um dos autores, cessou também a necessidade de sua intervenção nesta ação.

Sobre a prescrição, ante as considerações do Ministério Público às fls. 216/7, cumpre esclarecer que tendo ocorrido o fato em época em que a administração da via férrea estava afeta à Rede Ferroviária Federal - RFFSA, sociedade de economia mista, incide na espécie o enunciado contido na Súmula nº 39 do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista.

No caso dos autos, o termo inicial do prazo prescricional foi a data do acidente, o qual resultou a morte do marido e pai dos autores, que ocorreu em 10/11/1989, sendo que a presente foi ação proposta em 09/03/2001, ou seja, menos de vinte anos. Assim sendo, é de rigor concluir que não ocorreu a prescrição do direito de ação.

Em prosseguimento, para que se possam estabelecer quais os elementos necessários para caracterização de possível obrigação reparatória da apelada, faz-se necessário definir qual o sistema de responsabilidade civil que regula a presente situação, ou seja, cabe constatar se cuida de sistema ressarcitório baseado na noção de culpa lato sensu (responsabilidade civil subjetiva) ou na idéia de risco administrativo (responsabilidade civil objetiva).

Em qualquer caso de responsabilidade, seja por conduta comissiva, seja por omissiva, haverá sempre os seguintes elementos a serem comprovados: o dano suportado pela vítima, a conduta (omissiva ou comissiva) e o nexo de causalidade.

Na ausência de algum desses requisitos ou na presença de causa excludente ou atenuante - culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento danoso a responsabilidade estatal será afastada ou mitigada.

Deflui da regra do artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal que o empregador é obrigado a indenizar seu empregado quando incorrer em culpa ou dolo. Também a jurisprudência do STJ é no sentido de que nos casos de acidente do trabalho deve ser aplicada, em regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, havendo necessidade de se fazer perquirições em relação à culpa e o dolo do agente.

Confira-se:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA PRESUMIDA DO EMPREGADOR. INCOLUMIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DO EMPREGADO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte de Justiça é firme no sentido de reconhecer que a responsabilidade do empregador, decorrente de acidente de trabalho, é, em regra, subjetiva, fundada em presunção relativa de sua culpa. Cabe, assim, ao empregador o ônus da prova quanto à existência de alguma causa excludente de sua responsabilidade, tal como comprovar que tomou todas as medidas necessárias à preservação da incolumidade física e psicológica do empregado em seu ambiente de trabalho, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho.

2. Na hipótese, o eg. Tribunal de origem, diante do contexto fático-probatório dos autos, excluiu a responsabilidade da empregadora pelo evento ocorrido, diante da comprovação de que foram tomadas todas as medidas necessárias à preservação da incolumidade física do trabalhador. O reexame da questão, na via estreita do recurso especial, esbarra no óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo interno desprovido.

(AgRg nos EDcl no Ag 951.194/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 11/12/2013)

Da narrativa dos fatos, bem como, da análise do conjunto probatório dos autos, restam evidenciados todos os elementos ensejadores da responsabilidade civil, denotando-se a culpa da empregadora no evento danoso, senão vejamos.

O dano decorrente do evento é evidente. Não há controvérsia de que a vítima, Paulo Cesar Vilela, manobrador da RFFSA, sofreu acidente de trabalho quando prestava regular serviço à ré, restando saber se este ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou se esta concorreu para o evento, como alegou a ré, visto que teria permanecido em local impróprio, ou seja, atrás do vagão e não na entrevista, contrariando o regulamento geral de operações de manobras.

De acordo com a testemunha ouvida em juízo, Levi Lúcio de Lima, fls. 147/148, que era supervisor da vítima e estava com esta no dia dos fatos:

(...) Fui funcionário da ré por 16 anos, minha função era de supervisor de manobras e Paulo era subalterno meu. O acidente se deu quando fazíamos manobra de rotina e Paulo foi engatar o trem. Quando vi, ele estava embaixo. Quando Paulo fez o engate o trem estava parado. Fazíamos essa manobra várias vezes por dia, sempre com o trem parado. Tínhamos por hábito para voltarmos ao posto de trabalho, voltarmos de carona na composição. Os funcionários tinham por hábito pular de um trem para o outro, Paulo também fazia. Era obrigado o funcionário pular para acompanhar a composição. Quando vi Paulo no chão pedi para que o maquinista parasse, mas ele já estava morto. Recebíamos pouco equipamento de segurança. Posso ainda narrar a existência de outro acidente parecido com o de Paulo, o funcionário perdeu a perna. (...) Para ser feita a manobra era necessário que o funcionário ficasse entre os vagões. Enquanto trabalhei para ré, o sistema de manobra era o mesmo.

(...) O maquinista não tinha visão e somente eu estava em serviço com Paulo;

(...) os engates que mencionei se davam em trens de carga. Eram necessários dois funcionários para o engate de composição, havia outros funcionários, mas em outras composições, nós nos comunicávamos por rádio ou por sinais.

O acidente se deu quando Paulo estava retornando para ir trabalhar noutra linha, já havia realizado a manobra de engate.

Essa testemunha também foi ouvida no Inquérito Policial (fl. 19 verso), poucos dias após o acidente, no entanto há divergência entre os depoimentos, pois afirma que a vítima estava efetivando o sistema de troca de trilhos:

No dia dos fatos estava de serviço como encarregado de manobras e tinha ao seu lado o Paulo Cesar Vilela, o qual era novato naquele terminal, que uma composição estava dando marcha a ré, sendo que Paulo acionou o sistema de troca de trilhos ali existente e nesse momento deu as costas quando escutou um forte estalo e olhando novamente já viu o Paulo Cesar Caído em baixo da composição.

A testemunha Luiz Cândido Fermino Filho, ouvida em juízo às fl.181, embora não estivesse presente no dia do acidente, expôs sobre a necessidade do manobrador se posicionar embaixo do vagão para o trabalho, relatando ainda a ocorrência de outro acidente, bem como do aspecto particular do local do acidente, apontando ser necessário dois manobreadores para realização do procedimento de manobra:

(...) Para fazer essa manobra necessita posicionar-se embaixo do vagão

(...) Me recordo de um acidente semelhante, que não resulto na morte de ninguém.

Em resposta as perguntas do réu a testemunha respondeu que:

(...) No local do acidente há uma inclinação que é acentuada para os padrões ferroviários. Nas proximidades do local há várias chaves de trilhos. Operá-las é função do manobrador. Nesse pátio se manobra um trem com três ou quatro manobreadores.

Benedito de Moraes Leme Filho, testemunha ouvida às fl. 182, era supervisor geral na estação em que ocorreu o acidente e, embora estivesse de férias no dia do acidente, esclarece sobre como eram efetivadas as manobras para engate dos vagões, pelo que se conclui que eram realizadas em descompasso como o regulamento geral de instrução:

(...) Paulo Cesar Vilela era meu subordinado, trabalhando no setor de manobras;

(...) o engate e o desengate da composição devem ser feitos pelo manobrador, sendo que se posiciona embaixo das mesmas. Isso torna o serviço muito perigoso.

Em que pese o quadro probatório, a pretensão dos autores foi julgada improcedente sob o argumento de que os equipamentos de segurança não seriam suficientes para evitar o lastimável acidente e que haveria dúvidas sobre o mesmo, pois há indícios de que a atividade de engate já havia sido encerrada e, provavelmente, concluiu-se na sentença, a vítima tentou pular no trem em movimento.

Tem-se por primeiro que o empregado está a serviço do empregador não só quando efetivamente está realizando a tarefa para o qual foi contratado, mas durante o tempo que está a sua disposição, inclusive, como no caso dos autos, durante o percurso que vai de local a outro dentro da empresa.

Ora, não se pode concluir, como exposto na sentença, que a vítima tentou pular no trem em movimento e deu causa ao acidente, hipótese que sequer foi aventada e contrária da prova produzida, visto que a testemunha Levi Lúcio de Lima, relatou que:

(...) O acidente se deu quando fazíamos manobra de rotina e Paulo foi engatar o trem. Quando vi, ele estava embaixo. Quando Paulo fez o engate o trem estava parado.

Ademais, o laudo de exame de corpo de delito (fls. 21 e verso) conclui que a causa da morte foi choque politraumático, decorrente de profundo corte no pescoço com ruptura da coluna cervical, sendo difícil presumir que tais lesões seriam em decorrência de simples queda do trem.

É evidente também, que a alegação de que o empregado estava treinado para a tarefa e acompanhado de supervisor não descaracteriza a culpa do empregador, se este foi negligente na fiscalização do trabalho.

Cumpra consignar que é dever de todo empregador proporcionar aos seus empregados, treinamento admissional não só inicial, mas periódico, visando garantir a execução de suas atividades com segurança, fornecendo também os equipamentos de segurança individual e coletiva, assim como exercer a necessária fiscalização quanto a seu uso e a forma como o serviço é prestado.

A inobservância dessas regras configura omissão culposa do empregador, que lhe acarreta a obrigação de reparação dos respectivos danos sofridos pelo empregado, em decorrência de acidente laboral.

Embora a existência de culpa exclusiva da vítima seja um fato extintivo ou modificativo do direito dos autores, é ônus da prova que incumbe a ré, nesse sentido:

ACIDENTE DE TRABALHO - CULPA EXCLUSIVA DO TRABALHADOR - ÔNUS DA PROVA - Tratando-se a alegação de culpa exclusiva do trabalhador em incontroverso acidente de trabalho de fato impeditivo do direito pleiteado, incumbe à reclamada sua efetiva comprovação (artigo 333 do CPC e artigo 818 da CLT), ao que não socorre a mera invocação genérica. (TRT-2 - RO: 7598520115020 SP 00007598520115020231 A28, Relator: ROSA MARIA ZUCCARO, Data de Julgamento: 25/09/2013, 2ª TURMA, Data de Publicação: 01/10/2013)

Assinala-se que a vítima era manobrador, trabalhando no engate e desengate de trens, sua atividade era, sabidamente, uma atividade de risco, que deve ser suportada pela empregadora e não pelo próprio empregado, que apenas vende sua força de trabalho.

Dos depoimentos colhidos nos autos podemos destacar os seguintes pontos: que de fato não era seguido o Regulamento Geral de Operações de Manobras, não por decisão do empregado, mas pela impossibilidade de realização do engate ou desengate do trem sem que se posicionasse entre os mesmos ou sob eles, que no dia do acidente a manobra foi realizada sem a presença do número mínimo de manobreadores, que os trabalhadores tinham por hábito pular de um trem para outro para acompanhar a composição, que a vítima foi atingida pelo trem durante a realização quando acionava o sistema de troca de trilhos ou logo após o término da realização da manobra.

A apelada tenta fazer crer que em nada contribuiu para o acidente, pois os empregados deveriam seguir o Regulamento Geral de Operações de Manobras, no entanto, os depoimentos demonstram que este não era seguido, inclusive com o respaldo dos supervisores, portanto, sua inobservância não pode ser imputada ao empregado que era orientado de modo diverso, mas à própria apelada, que negligentemente não exercia a necessária fiscalização do trabalho para que este fosse realizado de modo seguro.

Ainda que o empregado tivesse caído do trem, tal conduta, que não foi alegada pela ré ou comprovada nos autos, não seria capaz de afastar a responsabilidade da ré, já que seus empregados, inclusive o supervisor da vítima, atestaram que esse era o meio comum de locomoção nos pátios em que prestavam serviço, sendo que esta afirmativa não foi contestada pela ré quando dos depoimentos, nem demonstrada que outro era o meio de locomoção dos trabalhadores.

Sublinha-se que a vítima sequer portava os itens de segurança, os quais a ré alega ter fornecido aos manobreadores, como coletes reflexivos, capacetes, botas especiais, luvas de raspa, conforme se verifica nas fotos de fls. 25/27, que aliás, como mesmo afirmou, seriam insuficientes para evitar o infortúnio.

O que se conclui é que o dano, a morte de Paulo César Vileta, se deu quando estava a serviço da ré, sua empregadora, realizando tarefa por ela determinada, inclusive sob as ordens de seu supervisor, sendo atingido por um vagão de trem da apelada.

Não há como entender-se pela culpa exclusiva ou, ao menos, concorrente da vítima, para afastar a responsabilidade da apelada, uma vez que, para realização do trabalho, ao contrário do alegado, havia necessidade de se posicionar entre os vagões ou sob eles, e ainda, mesmo que somente ao lado, não se demonstrou que a vítima se mostrou descuidada ou desidiosa, ante os testemunhos tomados nos autos e já citados:

Testemunha Luiz Cândido Fermino Filho:

(...) Para fazer essa manobra necessita posicionar-se embaixo do vagão

Testemunha Benedito de Moraes Leme Filho:

(...) o engate e o desengate da composição devem ser feitos pelo manobreador, sendo que se posiciona embaixo das mesmas. Isso torna o serviço muito perigoso.

Testemunha Levi Lúcio de Lima:

(...) Para ser feita a manobra era necessário que o funcionário ficasse entre os vagões

(...) Quando Paulo fez o engate o trem estava parado;

(...) Quando vi, ele estava embaixo;

(...) Quando vi Paulo no chão pedi para que o maquinista parasse, mas ele já estava morto.

Assim, do ônus que lhe competia, não se desincumbiu a ré, eis que não comprovou fato desconstitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, II do CPC.

Verifica-se, portanto, da prova colhida nos autos que restou comprovado todos os elementos da responsabilidade subjetiva, ante a existência de nexos causal entre o dano causado à vítima e a omissão da apelada, pois mesmo sabedora do risco envolvido na atividade da vítima, foi negligente em não exercer a necessária fiscalização para que o trabalho fosse executado de forma segura, seja na realização das manobras ou no transporte de seus funcionários, devendo, portanto, responder pelos danos causados aos autores.

Vale citar os seguintes precedentes:

PROCESSUAL E RESPONSABILIDADE CIVIL. TEMPESTIVIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO. MUTILAÇÃO DO POLEGAR DA MÃO DIREITA. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO COMPROVADA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. I - Ainda que os autos não revelem com clareza o dia exato em que foi juntado o aviso de recebimento, a AR que registra o recebimento da intimação em 28/01/2012 é suficiente para atestar a tempestividade do recurso da Fazenda Pública enviado pelos correios nos termos do protocolo postal datado de 27/02/2012, tendo presente o prazo em dobro para recorrer (CPC, art. 188) e o termo inicial do prazo a contar da data de juntada do aviso de recebimento. Precedente do STJ: REsp 601.625/SE. II - Para consubstanciar responsabilidade civil faz-se necessário identificar a conduta do agente e o resultado danoso, bem como o nexos causal, consistente num componente referencial entre a conduta e o resultado. III - Configura dano moral e estético indenizável o acidente de trabalho que resulta na mutilação do polegar da mão do trabalhador quando evidenciada a inobservância das regras gerais de diligência e cuidado permanente em relação às normas de segurança do trabalho, bem como a inexistência dos meios e instrumentos necessários ao desenvolvimento da atividade laboral. IV - *A mera alegação de que a culpa pelo acidente de trabalho é exclusivamente da vítima é insuficiente para afastar a indenização por danos morais e estéticos estipulada na sentença recorrida. Com efeito, “nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho”.* (REsp 1067738/GO). V - Caso em que não há controvérsia a respeito da ocorrência do acidente de trabalho que mutilou o polegar direito do autor enquanto desempenhava as funções de operador de máquina agrícola na Escola Agrotécnica Federal de Januária, no Estado de Minas Gerais. O acervo probatório formado nos autos não inclui documentos que evidenciem a realização de manutenção nas máquinas ou a entrega de equipamentos de proteção individual capazes de revelar desídia do trabalhador. Os depoimentos colhidos em audiência descrevem as circunstâncias específicas que circundaram o acidente e reforçam a ideia de que Autarquia Federal não comprovou a observância das regras gerais de diligência e a adoção de postura cuidadosa e permanente voltada a propiciar segurança no ambiente de trabalho. VI - Configurado o dano moral deve ser auferido o quantum indenizatório, oportunidade em que o julgador deve atuar com razoabilidade, observando o caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o constrangimento suportado em sem estimular o enriquecimento sem causa. No caso, o montante de R\$ 25.000,00 fixados na sentença recorrida é suficiente para a valoração da dor moral e do dano estético, tendo presente que a indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada (REsp 617.131/MG). VII - Apelação do IFET-INM a que se nega provimento. (TRF-1 - AC: 48423920074013807 MG 0004842-39.2007.4.01.3807, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 11/11/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.644 de 22/11/2013)

ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CASO FORTUITO, FORÇA MAIOR OU CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CULPA DO EMPREGADOR CARACTERIZADA. VERBA DEVIDA. Somente a ausência total de culpa do

patrão (em hipótese de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima) é que o isentará da responsabilidade civil concomitante à reparação previdenciária. (RT 743/319).

Concluindo-se pelo cabimento das indenizações material e moral, visto que não impugnados pela apelada, mas somente os termos de sua fixação e ponderações sobre o *quantum*, resta apreciar o valor cabível.

Quanto ao dano material, a indenização pleiteada consiste em prestação de alimentos, a rigor do artigo 948, inciso II do Código Civil, correspondente ao artigo 1537, II do CC /1916, sendo que para fixação da pensão mensal devem ser aplicadas as súmulas 314 e 490 do STF:

314: Na composição do dano por acidente do trabalho, ou de transporte, não é contrário à lei tomar para base da indenização o salário do tempo da perícia ou da sentença.

490: A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.

Inicialmente registre-se que a percepção de pensão acidentária pelo órgão previdenciário não impede a cumulação com pensão paga pelo causador do dano. Aquela é oriunda de seguro pago pelas empresas e pelo próprio segurado à seguridade social, ou seja, tem natureza diversa, portanto, afasto o pedido da apelada de que seja descontado o valor que os autores recebem do INSS a título de pensão.

Assinalo que se tratando de pensão pela morte do pai a obrigação vai até a idade em que a menor completar 25 anos, período em que se considera presumida a dependência econômica do filho. (STJ, 3ª Turma, REsp 650.853, Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13/6/2005).

No que diz respeito ao 13º salário, tratando-se de pedido de indenização decorrente de acidente de trabalho, oriundo, portanto, de uma relação de emprego, resta evidente que a vítima o recebia, portanto, é devida sua inclusão na pensão mensal.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO FATAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. 13º SALÁRIO. Assim como é dado presumir-se que a vítima do acidente de veículo cogitado teria, não fosse o infausto evento, uma sobrevida até os sessenta e cinco anos, e até lá auxiliaria a seus pais, prestando alimentos, também pode-se supor, pela ordem natural dos fatos da vida, que ele se casaria aos vinte cinco anos, momento a partir do qual já não mais teria a mesma disponibilidade para ajudar materialmente a seus pais, pois que, a partir do casamento, passaria a suportar novos encargos, que da constituição de uma nova família são decorrentes. Restabelecida a pensão fixada em 2/3 do salário mínimo até quando viria a completar vinte e cinco anos, e na metade desse valor, até os sessenta e cinco, salvo se antes a genitora falecer, quando, então, a pensão se extingue. Comprovado o recebimento de gratificação natalina pela vítima, é devida sua inclusão na pensão mensal. Precedentes. O valor arbitrado a título de danos morais não se revela exagerado ou desproporcional, não justificando a excepcional intervenção desta Corte. Recurso especial da autora conhecido e provido. Recurso especial da ré não conhecido.

(STJ - REsp: 536558 SP 2003/0035443-0, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 02/03/2004, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/09/2004 p. 265)

Em relação ao direito de crescer da viúva da vítima, o pedido dos autores encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o beneficiário

da pensão decorrente do ilícito civil tem o direito de acrescer à sua cota a quantia devida aos filhos da vítima que deixarem de receber tal benefício.

Veja-se o precedente do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO COM VÍTIMA FATAL, ESPOSO E PAI DOS AUTORES. ACÓRDÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DANO MORAL. FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE. DIREITO DE ACRESCEM ASSEGURADO. TERMO "AD QUEM". IDADE DE FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA. VIÚVA. CASAMENTO. DECISÃO CONDICIONAL. DESCABIMENTO. RESSARCIMENTO. NATUREZA. HONORÁRIOS. BASE DE CÁLCULO. CONDENAÇÃO. (...) III. O beneficiário da pensão decorrente de ilícito civil tem direito de acrescer à sua quota o montante devido a esse título aos filhos da vítima do sinistro acidentário, que deixarem de perceber a verba a qualquer título. Precedentes do STJ. IV. O pensionamento em favor dos filhos menores do de cujus tem como limite a idade de 24 (vinte e quatro) anos dos beneficiários, marco em que se considera estar concluída a sua formação universitária, que os habilita ao pleno exercício da atividade profissional. Precedentes do STJ. (...) VI. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (REsp 530618/MG, relator Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 7.3.2005)

Ante as ponderações, fixo a pensão mensal na proporcional de 2/3 (dois terços) do valor que a vítima percebia como salário, no dia do acidente, a ser calculada com base no salário mínimo, devida a partir do dia seguinte ao do óbito, quando rompeu o vínculo de trabalho, na proporção de 50% para cada autor, com termo final para a coautora Maria até a data em que a vítima completaria 65 anos, e para o autor Vinícius até a data que este completou 25 anos, quando sua cota acrescerá à da autora Maria Cristina.

Assinalo que a indenização pode ser fixada em salários mínimos, vedada apenas a utilização destes como critério de correção monetária, sendo que no caso de fixação de pensão, dispõe a Súmula nº 490 do STF:

A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.

Defiro o requerido na inicial para que o montante da pensão devida ao coautor Vinícius durante sua menoridade, seja entregue diretamente à autora Maria Cristina, sua mãe, por ter sido ela quem suportou as despesas com o menor, salvo prova em contrário.

Por fim, desnecessário a constituição de capital para assegurar o pagamento das indenizações, visto que a RFFSA foi sucedida pela União.

Prossigo na fixação da indenização por dano moral.

Os critérios para fixação de indenização a título de dano moral tem sido objeto de diversos debates doutrinários, causando, inclusive, divergências jurisprudenciais, visto que não ha como prever fórmulas predeterminadas para situações que merecem análise individual e casuística. Entretanto, frente à dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento, o STJ tem procurado estabelecer determinados parâmetros, a fim de se estabelecer um valor equivalente entre o dano e o ressarcimento 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.

Dentro dessa ótica, dispõe o Juiz de liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a inde-

nização dentro dos parâmetros pretendidos pelas partes, devendo-se levar em conta, para se fixar o seu *quantum*: o tipo de dano, o grau de culpa com que agiu o ofensor, a natureza punitivo-pedagógica do ressarcimento, que tem por fim potencializar o desencorajamento da reiteração de condutas lesivas de igual conteúdo, e a situação econômica e social de ambas as partes, a vítima e o autor do fato.

O STJ tem enfrentado com certa frequência casos envolvendo pedido de compensação por danos morais pleiteados por parentes próximos da vítima falecida, quando as indenizações concedidas nessa sede têm sido estabelecidas em torno de 400 salários mínimos. Nesse sentido, podem ser citados os seguintes precedentes: REsp 936.792, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 22/10/2007; REsp 792.416/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 17/08/2007; REsp 721.091/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 01/02/2006; REsp nº 721.091/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 1º/2/2006; DJ de 1º/2/2005; REsp nº 687.567/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 28/6/2005; REsp nº 469.867/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 14/11/2005; REsp nº 710.335/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 10/10/2005; entre outros.

Em especial o Resp. 959.780-ES, julgado em 26/04/2011, em que o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino destacou que:

(...) os julgados que, na sua maior parte, oscilam na faixa entre 200 salários mínimos e 600 salários mínimos, com um grande número de acórdãos na faixa de 300 salários mínimos e 500 salários mínimos, podem ser divididos em dois grandes grupos: recursos providos e recursos desprovidos.

Pode-se estimar que um montante razoável para o STJ situa-se na faixa entre 300 e 500 salários mínimos, embora o arbitramento pela própria Corte no valor médio de 400 salários mínimos seja raro.

(...)

Nos recursos especiais desprovidos, chama a atenção o grande número de casos em que a indenização foi mantida em 200 salários mínimos.

Os recursos especiais providos, para alteração do montante da indenização por dano extrapatrimonial, são aqueles que permitem observar, com maior precisão, o valor que o STJ entende como razoável para essa parcela indenizatória.

Nesse sentido, no caso citado no Resp. 959.780-ES deu-se provimento ao recurso especial para elevar a indenização por dano moral aumentada de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para 500 (quinhentos) salários mínimos:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais.
2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ.
3. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.
4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.

5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.
6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.
7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
(REsp 959780/ES, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 06/05/2011)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. PETICIONAMENTO ELETRÔNICO. CONHECIMENTO. ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DE COMPANHEIRO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. REVISÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conhece-se de agravo regimental interposto por petição eletrônica tempestivamente enviada, nos termos da Lei 11.419/2006.
2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.
Valor estabelecido pela instância ordinária que não excede o fixado, em regra, pelos mais recentes precedentes desta Corte, de 500 salários-mínimos por familiar vitimado, em moeda corrente.
3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos.
Agravo regimental a que se nega provimento.
(EDcl no AgRg no AREsp 171.997/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 24/04/2014)

Afasto as ponderações da apelada, pois no presente caso, o tempo decorrido entre o acidente e o início desta ação não denota diminuição da dor moral, nem se traduz por pretensão de lucro fácil, aliás, afirmação que só demonstra a desconsideração com a condição humana dos autores, esposa e filho da vítima.

Com as considerações tecidas, arbitro o a compensação do dano moral em 300 salários mínimos e, sendo vedada a fixação da indenização em salários mínimos, fixo-a no valor de seu equivalente nesta data em R\$ 289.600,00 (duzentos e oitenta e nove mil seiscientos reais), a ser rateado entre os autores.

Sobre o valor fixado a título de dano moral incidirá correção monetária a partir do arbitramento, conforme súmula 362 do STJ e juros de mora desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Respeitante ao dano material, as prestações vencidas das pensões serão pagas de uma só vez, com correção monetária e juros de mora com termo inicial na data do vencimento de cada parcela mensal.

Para aplicação da correção monetária e juros de mora deverão ser observados, no que couber e não contrariar a presente decisão, os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013, da seguinte forma:

- de nov/1989 (evento danoso) a dez/2002: juros simples de 0,5% ao mês (súmula 54/STJ);
- jan/2003 a jun/2009: SELIC;
- jul/2009 a abr/2012: juros simples de 0,5% ao mês;

- a partir de maio/2012: juros equivalentes aos das cadernetas de poupança.

Visto que não foi determinada a constituição de capital para assegurar o valor da pensão, indefiro em parte o requerido pelo apelante, quanto à incidência do parágrafo 5º do artigo 20 do CPC, devendo as verbas incidirem sobre o montante fixado a título de dano moral e sobre as prestações das pensões vencidas e mais um ano das vincendas (REsp nº 109.675-RJ, relator designado Ministro Cesar Asfor Rocha; REsp nº 352.919-RJ, relator Ministro Fernando Gonçalves).

Por fim, tendo a parte autora decaído de parte ínfima do pedido, ponderadas as circunstâncias do art. 20, § 4º do CPC, dada a natureza da causa e o conteúdo fático-jurídico da ação proposta, bem como que feito demandou a realização de audiência de instrução e julgamento, condeno a apelada ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação dos autores para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral fixada em R\$ 289.600,00 (duzentos e oitenta e nove mil seiscentos reais) a ser dividida entre os autores, bem como pagamento de pensão mensal, nos termos da fundamentação.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0000442-86.2014.4.03.6003

(2014.60.03.000442-0)

Apelante: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL - IFMS

Apelado: LUCAS NORMANDO SOUZA CHAVES DA SILVA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TRÊS LAGOAS - MS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CIRO BRANDANI

Classe do Processo: AMS 352140

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2014

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO POR MEIO DO ENEM. REQUISITOS DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO NÃO PREENCHIDOS. IDADE MÍNIMA DE 18 ANOS NA DATA DA 1ª PROVA. IMPOSSIBILIDADE. FATO CONSUMADO NÃO CARCETRIZADO. SENTENÇA REFORMADA.

1. O pedido formulado pelo impetrante não encontra amparo no princípio da legalidade restrita, que determina à autoridade pública que atue nos termos estritos da lei.
2. A regra para a emissão do certificado de conclusão do ensino médio é o cumprimento total da carga horária do respectivo nível, conforme as regras gerais estabelecidas pelas autoridades educacionais responsáveis. A exceção, portanto, deve obedecer aos requisitos apresentados pelo órgão regulamentador, no caso, o Ministério da Educação. (Portaria Normativa MEC nº 10, de 23 de maio de 2012 e Portaria INEP nº 144, de 24 de maio de 2012)
3. O impetrante não preenche o requisito da idade mínima de 18 (dezoito) anos, portanto, não pode se valer do exame para a certificação da conclusão do ensino médio.
4. O fato de o impetrante ter sido aprovado na seleção do SISU para o curso de nível superior não é o suficiente para lhe garantir a certificação da conclusão do ensino médio, tampouco se aplica ao caso a hipótese de conclusão antecipada por alto desempenho prevista no artigo 47 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, na medida em que esta regra se destina ao Ensino Superior.
5. Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de outubro de 2014.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI (Relator):

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança impetrado por LUCAS NORMANDO SOUZA CHAVES DA SILVA em face de ato do Sr. DIRETORA DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA - IFMS, visando à concessão de ordem que assegure ao impetrante a imediata expedição e entrega do certificado de conclusão do ensino médio tendo em vista a sua aprovação no ENEM, de acordo com as Portarias 438 e 462 do Ministério da Educação e dispositivos constitucionais.

Aduz, em síntese, que foi selecionado por meio do Sistema de Seleção Unificada - SISU para o curso de Letras na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, *campus* Três Lagoas e que impetrou mandado de segurança nº 0000201-15.2014.403.6003 visando a matrícula independentemente da apresentação do certificado de conclusão. Contudo, narra que nos referidos autos foi deferida liminar para a matrícula, sendo determinada a apresentação do competente certificado de conclusão no prazo de 90 (noventa) dias.

Acrescenta que a aprovação no ENEM credencia o impetrante a ingressar na Universidade Federal independentemente da conclusão do ensino médio e, embora, o impetrante não tenha completado 18 anos, encontra-se em plenas condições de receber o certificado de conclusão, a teor, inclusive, do disposto nas Portarias MEC 438/98 e 462/2009.

O pedido de liminar foi deferido e a ordem foi concedida (fls. 26/28-verso e 51/53).

Irresignada, a impetrada apresentou recurso de apelação, que foi recebido em seu efeito devolutivo.

Os autos subiram com contrarrazões (fls. 69/82).

O Ministério Público Federal opina pelo prosseguimento do feito.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI (Relator):

Na presente ação mandamental, a pretensão da impetrante consiste na prolação de ordem para que se expeça o certificado de conclusão do ensino médio observada a nota do ENEM, independentemente de ter completado a idade de 18 anos.

O pedido formulado pelo impetrante não encontra amparo no princípio da legalidade restrita, que determina à autoridade pública que atue nos termos estritos da lei.

É claro, todavia, que não se afasta da apreciação judicial eventual abuso da lei ou inadequação da conduta da autoridade, mas não é o caso dos autos.

A regra para a emissão do certificado de conclusão do ensino médio é o cumprimento total da carga horária do respectivo nível, conforme as regras gerais estabelecidas pelas autoridades educacionais responsáveis. A exceção, portanto, deve obedecer aos requisitos apresentados pelo órgão regulamentador, no caso, o Ministério da Educação.

Assim, prescreve a Portaria Normativa nº 10, de 23 de maio de 2012, do Ministério da Educação:

Art. 1º A certificação de conclusão do ensino médio ou declaração de Proficiência destina-se aos maiores de 18 anos que não concluíram o Ensino Médio em idade apropriada, inclusive às pessoas privadas de liberdade e que estão fora do sistema escolar regular.

Art. 2º A certificação de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino Médio-ENEM deverá atender aos requisitos estabelecidos pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais-INEP, mediante adesão das Secretarias de Educação dos Estados e dos Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia.

Art. 3º A certificação pelo ENEM não pressupõe a frequência em escola pública para efeito de concessão de benefícios de programas federais.

E, ainda, a Portaria nº 144, de 24 de maio de 2012 do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), que dispõe sobre certificação de conclusão do ensino médio ou declaração parcial e proficiência com base no Exame Nacional do Ensino Médio-ENEM:

Art. 1º A certificação de conclusão do ensino médio e a declaração parcial de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) destinam-se aos maiores de 18 (dezoito) anos que não concluíram o ensino médio em idade apropriada, inclusive às pessoas privadas de liberdade.

Art. 2º O participante do ENEM interessado em obter certificação de conclusão do ensino médio deverá possuir 18 (dezoito) anos completos até a data de realização da primeira prova do ENEM e atender aos seguintes requisitos:

I - atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada uma das áreas de conhecimento do exame;

II - atingir o mínimo de 500 (quinhentos) pontos na redação.

Da análise de ambos os instrumentos depreende-se que além da pontuação exigida pela Portaria INEP, ambas as portarias prescrevem acerca da necessidade de o participante possuir, ao menos, 18 (dezoito) anos para a utilização do ENEM como certificação da conclusão do ensino médio.

O impetrante, portanto, não se enquadra nos requisitos impostos pela norma e não há qualquer situação razoável que determine o seu afastamento.

O fato de o impetrante ter sido aprovado na seleção do SISU para o curso de nível superior não é o suficiente para lhe garantir a certificação da conclusão do ensino médio, tampouco se aplica ao caso a hipótese de conclusão antecipada por alto desempenho prevista no artigo 47 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, na medida em que esta regra se destina ao Ensino Superior.

Assevere-se, ainda, que embora o impetrante, provavelmente, já esteja matriculado no curso de nível superior que pretende, esta deu-se por força de decisão judicial liminar, por sua própria natureza, precária.

Não é outro o entendimento da jurisprudência, conforme precedentes dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. ALUNO APROVADO NO VESTIBULAR ENQUANTO NÃO CONCLUÍDO O ENSINO MÉDIO. APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM). EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. MENOR DE 18 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. PORTARIA Nº 807/2010 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. 1. Não se

afigura possível ao estudante menor de 18 anos, cursando o segundo ano do ensino médio e aprovado no Enem, obter certificado de conclusão do segundo grau, tendo em vista a limitação contida na Portaria nº 807/2010, do Ministério da Educação. 2. Indene de dúvidas que a possibilidade de se obter o certificado de conclusão do ensino médio com base no Enem se destina aos jovens e adultos que tenham no mínimo 18 anos e que não puderam cursar o ensino médio no momento apropriado. 3. Ademais, impõe-se observar a condição de que o certificado de conclusão do ensino médio seja apresentado antes do início do período letivo, o que, no caso, seria inviável. 4. Sentença confirmada. 5. Apelação do impetrante não provida. (AMS 0001342-07.2013.4.01.3822, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA: 08/08/2014 PAGINA: 1036.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APROVAÇÃO NO ENEM. CANDIDATA COM IDADE INFERIOR A 18 ANOS. MATRÍCULA EM CURSO DA UFRJ. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO ELABORADO POR FORÇA DE DECISÃO PROFERIDA POR MAGISTRADO ESTADUAL. PRODUÇÃO DE EFEITOS PERANTE A UFRJ. IMPOSSIBILIDADE. FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. 1. Após a vigência da Lei 11.187/05, descabe a interposição de agravo interno contra deliberação que concede ou indefere o requerimento de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento (CPC, parágrafo único do art. 527). Precedentes. 2. A conclusão do Ensino Médio é requisito essencial para o ingresso no Ensino Superior, *ex vi* o disposto no art. 44, II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Com amparo no referido dispositivo, a jurisprudência desta Corte firmou orientação pacífica no sentido da impossibilidade de matrícula em universidade dos chamados estudantes “treineiros”, isto é, aqueles que realizam vestibulares apenas para testar sua capacidade intelectual, sem, contudo, ter concluído o Ensino Médio. Precedentes. 3. A conclusão do Ensino Médio é a regra? a certificação a partir da aprovação no ENEM deve ser vista de forma excepcional, visando facilitar o acesso ao Ensino Superior daqueles que não concluíram o Ensino Médio em idade adequada, conforme preceitua o art. 1º da Portaria nº 144/2012 do MEC, em consonância com o art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96, que expressamente prevê que o estudante deverá ser maior de 18 (dezoito) anos para frequentar cursos supletivos. 4. A declaração de conclusão do Ensino Médio, que serviu de fundamento para a concessão da tutela de urgência pelo magistrado *a quo*, apenas foi emitida em razão da decisão liminar proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro, que, expressamente, afastou a restrição etária prevista na referida Portaria, tese que não se coaduna com o entendimento sufragado por esta Eg. Corte. 5. Não se pode admitir que a decisão proferida em processo no qual a UFRJ sequer é parte, e, portanto, não teve a oportunidade de debater a legalidade da emissão de certificado de conclusão do Ensino Médio sem a observância do requisito etário, possa produzir efeitos perante a aludida universidade. 6. Apesar do pedido formulado, na ação que tramita na Justiça Estadual, apenas em face do Estado do Rio de Janeiro, é cristalina a intenção da parte Autora de se utilizar do certificado de conclusão do Ensino Médio, obtido a partir da aprovação no ENEM, para realizar sua matrícula perante a UFRJ, sem cursar o 3º ano, sendo certo que apenas houve o ajuizamento da ação após a aprovação no SISU. A rigor, deveria a Autora ajuizar ação com a formação de litisconsórcio passivo entre o Estado do Rio de Janeiro e a UFRJ, evidentemente, na Justiça Federal (art. 109, I, da CRFB/88). 7. Consoante orientação jurisprudencial pacífica deste Colegiado descabe cogitar a aplicação da teoria do fato consumado *in casu*, uma vez que a matrícula apenas foi efetivada por força de liminar, provimento jurisdicional de natureza eminentemente precária. Precedentes. 8. Agravo interno não conhecido. Agravo de instrumento conhecido e provido.

(AG 201402010046842, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 30/06/2014.)

Nesse sentido, as Colendas Quarta e Sexta Turmas deste Tribunal também não divergem, respectivamente:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA EM ENSINO SUPERIOR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. ARTIGOS 35, *CAPUT*, E 44, INCISO II, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.394/96. - Estabelecem os artigos 35, *caput*, e 44, inciso II, parágrafo único, da Lei nº 9.394/96, *verbis*: “Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades: (...)” “Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: (...) II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo; (...) Parágrafo único. Os resultados do processo seletivo referido no inciso II do *caput* deste artigo serão tornados públicos pelas instituições de ensino superior, sendo obrigatória a divulgação da relação nominal dos classificados, a respectiva ordem de classificação, bem como do cronograma das chamadas para matrícula, de acordo com os critérios para preenchimento das vagas constantes do respectivo edital” (grifei). - Destarte, são requisitos legais para o ingresso no curso de graduação da educação superior a conclusão do ensino médio ou equivalente, que tem duração mínima de três anos. No caso dos autos, o agravante afirma que não preenche esses requisitos legais: “O agravante, com dezessete anos completos, mas sem ter concluído, ainda o ensino médio (...)”. - Ademais, conforme esclareceu a magistrada *a qua*, o recorrente, ao realizar sua inscrição no certame, manifestou sua concordância com todas as regras estabelecidas, entre as quais a necessidade da conclusão do ensino médio, com a realização do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM (Edital nº 15/2012, itens 2.5., 3.3. e 7.9.). Tinha a possibilidade de pleitear, desde então ou até mesmo anteriormente à inscrição, a certificação antecipada de conclusão do ensino médio junto ao Conselho Estadual de Educação, considerada sua capacidade intelectual acima da média, em consonância com os preceitos invocados dos artigos 208, inciso V, da CF/88, 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 4º, inciso V, da Lei nº 9.394/96, que garantem o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Todavia, somente depois de realizadas as provas, alcançada a aprovação e negada a matrícula é que o recorrente buscou esse expediente administrativo (artigos 5º, inciso III, e 8º, inciso IX, da Resolução nº 2 do Conselho Nacional de Educação). Ainda que venha a obter o certificado, o fato é que não o tem e, assim, não satisfaz o comando legal e a regra do certame. Dessa forma, permitir sua matrícula no curso para o qual foi aprovado, sem a observância das exigências previstas, implicaria a concessão de um privilégio violador do princípio da isonomia estabelecido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, uma vez que agiria em detrimento dos demais candidatos classificados em seguida, que observaram estritamente as normas postas e ficariam privados das vagas no curso. Ressalte-se que, para os que não tinham o ensino médio concluído, o exame vestibular permitia a inscrição na modalidade de “treineiro”, hipótese que deveria ter sido escolhida pelo recorrente diante de sua escolaridade. As questões relativas ao grau de inteligência e à maturidade emocional do recorrente são irrelevantes, *in casu*, porquanto não integram objetivamente a lei e o regime do certame realizado, para fins de matrícula em curso de educação superior. - Agravo de instrumento desprovido.

(AI 00044008120134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. RECUSA DE MATRÍCULA. ART. 44, INCISO II, DA LEI Nº 9.394/96. APROVAÇÃO NO ENEM. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. REQUISITOS DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. IDADE MÍNIMA DE 18 ANOS NA DATA DA 1ª PROVA. NÃO PREENCHIMENTO. I - O ingresso em curso de graduação em instituição de ensino superior está condicionado à regular conclusão do ensino

médio, conforme se depreende do disposto no art. 44, inciso II da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96). II - O direito à obtenção de Certificado de Conclusão do Ensino Médio, por meio da realização do ENEM, está sujeito ao preenchimento de requisitos referentes à pontuação e à idade, conforme regramento dado pelo art. 2º da Portaria nº 4, de 11.02.10, do Ministério da Educação. III - Não preenchido o requisito da idade, na medida em que na data da primeira prova do referido exame o Impetrante possuía 17 (dezessete anos). IV - Apelação improvida.

(AMS 00004866620104036126, DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/10/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

É de rigor, portanto, a reforma da sentença recorrida com a improcedência do pedido. Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para denegar a segurança. É o voto.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

0009119-31.2014.4.03.8000 (SEI)

Requerente: SUPERINTENDENTE REGIONAL DA POLÍCIA FEDERAL
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO – CORREGEDORA REGIONAL
Disponibilização da Decisão: CIENTIFICAÇÃO EM 29/08/20014

DECISÃO

Cuida-se de expediente encaminhado pelo Superintendente Regional da Polícia Federal Roberto Ciciliati Trocon Filho, em que a Corregedoria Regional da Polícia Federal apurou determinação judicial para a realização de indiciamento “contra a convicção do delegado de polícia”.

Consta das cópias do incluso expediente que, nos autos da ação penal nº 0002638-24.2013.403.6113, foi oferecida denúncia contra o réu João Peres Ferreira e, quando do seu recebimento, foi também determinado o indiciamento formal do acusado.

Expedido ofício para cumprimento da ordem judicial pela Polícia Federal, sobreveio manifestação da autoridade policial que presidiu o respectivo inquérito policial, o Delegado de Polícia Federal Willy Hermann Bugner, que reputou desnecessária sua obediência, com base no disposto no artigo 2º, parágrafo 6º, da Lei nº 12.830/2013, o qual dispõe que:

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Argumentou que “é assente na jurisprudência e doutrina que o indiciamento não pode ser determinado pela autoridade judicial após o recebimento da denúncia, sob pena de configurar constrangimento ilegal, visto que superada a fase inquisitorial da *persecutio criminis*.” Ao final, afirma que “não há que se falar em proceder formal indiciamento do indivíduo, eis que se trata de ato de exclusiva atribuição da Autoridade Policial, bem como superada a fase inquisitiva, tem-se por desnecessária a medida.”

A MMª Juíza Federal da 2ª Vara Federal em Franca, Seção Judiciária de São Paulo, reputou que a atitude do d. Delegado de Polícia configurou descumprimento de ordem judicial e, mediante despacho fundamentado, determinou a intimação da autoridade policial para que procedesse ao indiciamento formal do denunciado, no prazo de 05 (cinco) dias.

Argumentou a magistrada que o fato de a legislação dispor que se trata de ato de exclusiva atribuição da autoridade judicial não implica que o ato seja discricionário e, tampouco, que somente deva ser praticado na fase inquisitorial.

Salientou que “as ordens judiciais são endereçadas ao Agente Público encarregado legalmente de sua execução, caso não, seria desnecessária a expedição de ofício para tal prática” e que “não há vedação legal para o formal indiciamento superada a investigação”.

Acrescentou que a alegação de constrangimento ilegal pela autoridade policial foge ao seu âmbito de atuação e não se presta a fundamentar descumprimento de ordem judicial, porém assume absoluta pertinência quando oriunda da defesa através de via processual adequada junto à instância superior.

O Delegado Federal, ao receber novamente a ordem judicial, determinou o seu cumprimento e formou expediente em apartado (Memorando nº 1152/2014) e o remeteu à Corregedoria da Polícia Federal solicitando orientação institucional de como proceder neste tipo de situação.

Por sua vez, foram emitidos despachos pelo Corregedor Regional da Polícia Federal e pelo Superintendente Regional, os quais concluíram que a requisição de indiciamento, pelo juiz, depois de oferecida a denúncia, configura constrangimento ilegal e, com base nesse entendimento, determinou-se o encaminhamento de todo o processado ao CNJ e a esta Corregedoria Regional da 3ª Região a fim de que se apurar a conduta da MMª Juíza Federal, a difusão do parecer a todas as delegacias especializadas e descentralizadas do Estado de São Paulo, com a orientação a todas as autoridades policiais “a cumprirem o que dispõe a Lei nº 12.830/13 e no caso de serem obrigadas a fazer indiciamento contra sua convicção, comunicar imediatamente esta Superintendência da Regional, a fim de serem tomadas as medidas judiciais cabíveis”, bem como a expedição de ofício à Advocacia Geral da União a fim de ser verificada a possibilidade de se tomar “alguma medida judicial para anulação do ato de indiciamento, realizado contra a convicção do Delegado de Polícia Federal”.

Foram prestadas informações pela MMª Juíza Federal Daniela Miranda Benetti, nas quais esclareceu que:

- a) não há proibição na Lei nº 12.830/2013 de determinação de indiciamento pela autoridade judicial, mas sim de que constitui ato exclusivo da autoridade policial;
- b) que determinou novamente o cumprimento por não se tratar de ordem ilegal e por entender que o ato deveria ser praticado naquela hipótese em que não houve inquérito policial federal e que a sua prática competiria somente à instituição competente para fazê-lo;
- c) que nenhum cunho pessoal foi adotado em sua decisão, já que a ordem foi recebida pelo Delegado Chefe em exercício, que a encaminhou ao Delegado de Polícia Federal, de modo que não há que se falar em coação;
- d) que sempre determina o indiciamento por ocasião do recebimento da denúncia, sem nunca ter recebido recusa pelo órgão policial, mesmo após a edição da Lei nº 12.830/2013;
- e) a decisão que determina o indiciamento é de natureza jurisdicional, à vista de sua utilidade para a ação penal, tais como a identificação do acusado, esclarecimento de possíveis envolvidos com a comparação das digitais nos documentos produzidos, obtenção de particularidades como apelidos, características, cicatrizes, tatuagens, fotos, tudo que possa em situação de dúvida identificar o investigado.

A AJUFESP – Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul – juntou manifestação em defesa da magistrada e sublinhou que “constitui precedente extremamente perigoso para a preservação da garantia constitucional da independência funcional do juiz admitir-se expedientes como o presente, em que a magistrada – bem ou mal – interpretou normas legais e, a partir da interpretação alcançada, lançou determinação de *conteúdo jurisdicional* nos autos correlatos”. (grifos no original)

A AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil – também juntou manifestação, na qualidade de interessada, nos autos e fundamentou a legitimidade das entidades associativas no art. 5º, inc. XXI, da CF. Requereu o arquivamento do presente expediente, uma vez que “o simples processamento deste representa grave ofensa às prerrogativas da magistratura federal, fundamentalmente àquelas relacionadas ao livre exercício da atividade judicante, que tem na atividade de interpretação da legislação um de seus corolários”. Ressalta que a Lei Orgânica da Magistratura (LC nº 35/79) estabelece que “a *atividade censória* de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo à dignidade e à independência do magistrado” e garante que esse

“não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou *pelo teor das decisões que proferir*”. (grifos no original)

Decido.

Primeiramente, admito ambas as associações de magistrados - AJUFE e AJUFESP - como interessadas no presente expediente administrativo, uma vez comprovado o interesse jurídico.

Passo ao exame.

Não há irregularidade passível de apuração no âmbito desta Corregedoria Regional.

Acerca do tema objeto do presente expediente cumpre observar que, apesar de o parecer do Núcleo de Correições da Polícia Federal em São Paulo mencionar a posição doutrinária do ilustre jurista Guilherme de Souza Nucci, deve ser ressaltado que a opinião do autor não é unânime. Veja-se a propósito, a lição de Carlos Frederico Coelho Nogueira, igualmente respeitável jurista:

(...) Indiciamento, por sua vez – palavra não adotada pelo CPP – *é o conjunto de atos que oficializam e formalizam a suspeita.*

Quando a investigação policial reúne elementos que sinalizam a autoria delitiva em direção a certa pessoa surge, ainda que de modo informal e extra-oficial, a suspeita de ter sido ela responsável pela prática criminosa.

Poderíamos dizer que a condição de mero *suspeito* é o primeiro degrau na escala ascendente da responsabilização criminal.

Quando, na convicção da autoridade policial, essa suspeita assume foros de viabilidade e solidez, providencia ela o indiciamento do até então meramente suspeito, que passa então, à condição de indiciado.

(...)

O indiciamento é, pois, o segundo degrau da escala de responsabilização criminal – que prosseguirá, a partir do oferecimento da denúncia, com a transformação do suspeito em acusado (terceiro degrau), do acusado em réu (a partir da citação, quarto degrau) e do réu em condenado (a partir da prolação da sentença condenatória, quinto grau).

(...)

Pode, até, ser concluído o inquérito policial sem que ninguém tenha sido indiciado – pois a autoridade policial não formou suspeita qualificada contra quem quer que fosse-, o que não impede o oferecimento da denúncia ou da queixa de acordo com a convicção do MP ou do querelante.

(...)

O indiciamento, via de regra, é determinado e efetivado de ofício pelo delegado de polícia. Nada impede, contudo, seja requisitado pelo juiz (no curso do processo judicial resultante do inquérito) ou pelo órgão do Ministério Público (durante o inquérito ou mesmo depois de concluída a investigação). – g. n.

Às vezes, é feito posteriormente à conclusão do inquérito, em autos apartados, quando a denúncia é oferecida contra alguém que não figurara como indiciado no IP e essa providência é solicitada pelo Ministério Público quando do oferecimento da inicial.

(in: Comentários ao Código de Processo Penal, Vol. 1, 1ª ed., Bauru, SP: EDIPRO, 2002, pp. 303-306)

Observa-se que, segundo esse entendimento, o indiciamento, mesmo depois de concluído o inquérito policial, não caracteriza procedimento “anormal”, ao revés, justifica-se quando o Ministério Público - que é o *dominus litis* da ação penal -, entendendo presentes a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, oferece denúncia contra aquele suspeito sobre o qual recaem os indícios de cometimento de suposto crime.

O inquérito policial, ao contrário do processo penal, não tem uma sequência lógica de atos processuais encadeados. Não existe uma ordem para a prática de cada ato, facultado à autoridade policial praticar os atos investigatórios na ordem em que julgar mais conveniente. Por este motivo, nada mais coerente que o indiciamento seja feito por último, após colhidos todos os elementos de possam levar à convicção de que aquele seja o suposto autor do delito. Assim, nada impede que se dê ainda em momento posterior, depois de oferecida a denúncia contra o acusado.

O Delegado de Polícia Federal Willy Hermann Bugner, que, na espécie, entendeu ser incabível a requisição de indiciamento pelo Juiz do processo, após recebimento da denúncia, cujo entendimento é compartilhado pela Corregedoria Regional e pela Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo, baseia-se no disposto no artigo 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/2013.

Ocorre que, ao requisitar o indiciamento do acusado, o Juiz não viola o disposto o artigo 2º, § 6º, da citada Lei nº 12.830/2013, mas dá cumprimento ao referido dispositivo legal, o qual determina que somente o delegado de polícia tem atribuição para proceder ao indiciamento.

Diversamente seria se se o juiz, ele mesmo, procedesse ao indiciamento do acusado, situação essa que certamente viria de encontro ao determinado no aludido dispositivo legal, porquanto o ato é privativo de delegado de polícia.

Obviamente, em casos devidamente fundamentados, poderá o delegado de polícia recusar-se a proceder ao indiciamento do acusado, tais como em que a punibilidade já está extinta ou em que o fato apurado é penalmente atípico.

À exceção dessas hipóteses, não há como o ato de indiciamento ser passível de configurar constrangimento ilegal, seja porque do inquérito policial não resulta sanção, seja porque se já denunciado – situação esta mais grave que a de indiciado. A jurisprudência tem entendimento nesse sentido. Confira-se:

INQUÉRITO POLICIAL. INDICIAMENTO NÃO CONSTITUI, EM PRINCÍPIO, CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ADEMAIS, O *HABEAS CORPUS* E INIDONEO PARA O COTEJO DE PROVA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. (STF, RHC 60812, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Segunda Turma, julgado em 22/03/1983, DJ 06-05-1983 PP-06025 EMENT VOL-01293-02 PP-00300)

OPERAÇÕES. LAVAGEM. DINHEIRO. SONEGAÇÃO FISCAL. CORRUPÇÃO.

O paciente – presidente da Comissão Geral de Licitação do Estado do Amazonas – está sendo investigado sob a suspeita de ter participado de operações de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, corrupção e formação de quadrilha na administração pública estadual, condutas apuradas pela Polícia Federal na chamada Operação Albatroz. Postula o trancamento do inquérito sob o argumento, em suma, de que esse derivaria de denúncia anônima, o que seria proibido pelo texto constitucional. Todavia, chegando ao conhecimento da autoridade a possibilidade de ocorrência de conduta típica, essa tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela, o que se observa no presente caso, pois tanto as investigações quanto o inquérito instaurado têm sido conduzidos sob sigilo. Não há como ser questionada a validade do procedimento ou das provas ali apuradas. Não se pode acatar a argumentação de que não existiriam indícios acerca de qualquer participação criminosa do paciente nas condutas investigadas em sede de *habeas corpus*. Somente após o correto procedimento inquisitorial, com a devida apuração dos fatos e provas, é que se poderá averiguar, com certeza, a tipicidade ou não das condutas imputadas ao paciente. A instauração de inquérito policial com o indiciamento do investigado não caracteriza constrangimento ilegal reparável através de *habeas corpus*. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem. Precedentes citados: HC 6.903-SP, DJ 4/5/1998, e RHC 9.014-SC, DJ de 21/2/2000. HC 38.093-AM, Rel.

Min. Gilson Dipp, julgado em 26/10/2004. (STJ - Informativo nº 0226 - Período: 25 a 29 de outubro de 2004).

RHC. INDICIAMENTO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DESCABIMENTO. UTILIZAÇÃO. WRIT. FALTA. OFENSA. DIREITO DE IR E VIR.

1. A instauração de inquérito policial, com o conseqüente indiciamento do paciente, não representam ofensa ao direito de ir e vir a justificar a utilização da via do *habeas corpus*.

2. Recurso improvido.

(RHC 9014/SC, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/1999, DJ 21/02/2000, p. 188)

PENAL. PROCESSUAL. FALSO TESTEMUNHO. CO-AUTORIA. ADVOGADO. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. "HABEAS CORPUS".

1. Ainda que possível, em tese, a co-autoria em crime de falso testemunho, não se revolve a prova em "Habeas Corpus".

2. O simples indiciamento em inquérito policial não configura constrangimento ilegal reparável por "Habeas Corpus".

3. "Habeas Corpus" conhecido; pedido indeferido.

(HC 8434/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/1999, DJ 06/09/1999, p. 94)

PENAL. PROCESSUAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. "HABEAS CORPUS" RECURSO.

1. Só se tranca Inquérito Policial quando evidenciada a atipicidade da conduta praticada pelo paciente ou se claramente comprovada sua inocência; fora estas hipóteses, não há que se falar em trancamento.

2. O simples indiciamento em inquérito policial não configura constrangimento ilegal reparável pelo "Habeas Corpus".

3. "Habeas Corpus" conhecido; pedido negado.

(RHC 8410/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/1999, DJ 25/10/1999, p. 99)

PROCESSUAL PENAL. INQUERITO POLICIAL. INDICIAMENTO. "HABEAS CORPUS". CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRENCIA.

- NÃO CONSUBSTANCIA CONSTRANGIMENTO, PASSIVEL DE REPARAÇÃO POR "HABEAS CORPUS", A INSTAURAÇÃO DE INQUERITO POLICIAL PARA APURAR FATO QUE, EM TESE CONFIGURA CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA E ECONOMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO, CUJA INEXISTENCIA DEVE SER PROVADA NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO OU DA EVENTUAL AÇÃO PENAL.

- SE PARA O DESLINDE DA QUESTÃO E NECESSARIO QUE SE PRODUZA PROVA, O TEMA SITUA-SE FORA DO ALCANCE DO "HABEAS CORPUS", QUE NÃO E INSTRUMENTO PROCESSUAL PROPRIO PARA SE OBTER ABSOLVIÇÃO SUMARIA.

- RECURSO ORDINARIO DESPROVIDO.

(RHC 7328/GO, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/1998, DJ 11/05/1998, p. 155)

Ademais, ainda que se vislumbrasse constrangimento ilegal, releva ressaltar que a situação recai sobre o acusado, na medida em que quem estará a sofrer coação seria o próprio indiciado – e não o delegado de polícia – de modo que somente ele, o indiciado, teria legitimidade e interesse em impetrar eventual *habeas corpus* ou interpor alguma medida judicial em seu favor.

Desse modo, não verifico qualquer irregularidade passível de apuração por esta Corregedoria Regional da 3ª Região, por parte da magistrada, porquanto efetivamente se trata de simples decisão de caráter jurisdicional, passível de *habeas corpus*, em tese, em casos de ausência de justa causa para a ação penal.

Arquive-se o presente expediente.

Comunique-se eletronicamente aos interessados.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Corregedora Regional

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0007603-16.2001.4.03.6000
(2001.60.00.007603-2)

Apelante: BRASIL TELECOM S/A
Apelados: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO
Classe do Processo: AC 1556890
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2014

EMENTA

APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBJETIVANDO A REABERTURA/INSTALAÇÃO DE POSTOS FÍSICOS DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA FIXA, SUBSTITUÍDOS POR *CALL CENTER* NOTORIAMENTE INEFICAZ. MATÉRIA PRELIMINAR AFASTADA. PEDIDO DE CONVALIDAÇÃO DO TEOR DE RESOLUÇÃO DA ANATEL NÃO CONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE INVASÃO, PELO JUDICIÁRIO, DE *PRERROGATIVAS* DA AGÊNCIA REGULADORA (ART. 5º, XXXV, CF). DANO MORAL COLETIVO JURIDICAMENTE POSSÍVEL (LACP E CDC) CONFIGURADO NA ESPÉCIE (SERVIÇO PÚBLICO - DESRESPEITO A NORMA IMPOSTA NA CONCESSÃO, COM PREJUÍZOS AO UNIVERSO DE USUÁRIOS/CONSUMIDORES). CONDENAÇÃO MANTIDA (PRECEDENTES). REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, IMPROVIDA E APELAÇÃO PROVIDA APENAS PARA REDUZIR A VERBA HONORÁRIA.

1. Apelação da BRASIL TELECOM S/A, na condição de concessionária dos serviços públicos de telefonia fixa comutada no Estado do Mato Grosso do Sul, contra sentença de procedência exarada na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, objetivando a reabertura/instalação de postos físicos de atendimento aos usuários, substituídos em meados do ano 2000 por sistema de *call center*, que passou a ser o único canal de comunicação com a empresa, gerando grande insatisfação pública e motivando a intervenção da Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL.

2. Persistência do interesse de agir: não houve perda superveniente do interesse de agir, seja em razão do TAC firmado com a ANATEL em 21/12/2004 no bojo de procedimento administrativo onde se obrigou a instalar postos físicos de atendimento em todos os municípios em que atua, seja em decorrência da aprovação dos novos Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 341/2003), prevendo a obrigatoriedade de atendimento pessoal, e Regulamento do Sistema Telefônico Fixo Comutado/STFC (Resolução ANATEL nº 426/2005), esclarecendo que o atendimento pessoal pressupõe interação presencial. O TAC nunca poderia justificar a perda do interesse de agir, uma vez que a sua vigência era restrita ao *ano de 2005*, classificado como *período de transição* para implantação do novo Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 341/2003), e, consoante a autarquia,

sua assinatura não provocou o arquivamento do procedimento administrativo nº 53500005142/2003, mas sua mera suspensão, tanto que ao término da validade do instrumento o julgamento foi retomado. Ainda, nenhuma das medidas administrativas foi suficiente para consertar a atuação da apelante no Mato Grosso do Sul, haja vista o resultado das inspeções realizadas no decorrer da instrução processual. Ademais, a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA pretende - além da reabertura dos postos físicos que foram fechados e da instalação de outros, nos demais municípios em que a BRASIL TELECOM S/A fornece serviços de telefonia comutada - o pagamento de indenização por danos morais coletivos. No mesmo sentido, quanto às edições do novo Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 341/2003) e do novo Regulamento do Sistema Telefônico Fixo Comutado/STFC, (Resolução ANATEL nº 426/2005), necessário ressaltar que além de encerrarem atos administrativos *posteriores aos danos causados aos consumidores*, o teor desses regulamentos só faz fortalecer o propósito desta demanda, eis que foram publicados justamente com o escopo de *coibir práticas abusivas no setor de telecomunicações*.

3. Não é conhecido o pedido da apelante em ver o reconhecimento expresso de que o atendimento pessoal deva ser realizado conforme previsto na Resolução ANATEL nº 341/2003; trata-se de indevida e inoportuna ampliação da discussão perfeitamente delimitada nos autos, pretendendo a apelante inovar com matéria não debatida em primeiro grau de jurisdição.

4. Dano moral coletivo configurado, já que a prova dos autos mostra a conduta ilícita da apelante, descumprindo as regras da concessão do serviço de modo a prejudicar seu universo de consumidores. Ao longo da instrução ficou cabalmente comprovado que a BRASIL TELECOM S/A *contrariou* o disposto no Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 30/1998 - arts. 32 e 33) e no Regulamento do Sistema Telefônico Fixo Comutado/STFC (Resolução ANATEL nº 85/1998) - que à época estavam em vigor - e *quebrou* o Contrato de Concessão ao desativar seus postos físicos de atendimento, impondo unilateralmente o *call center* para cerca de 512.000 usuários, deixando-os sem opção de atendimento presencial.

5. Conforme a *prova* dos autos, o certo e incontrovertível é a postura unilateral da BRASIL TELECOM S/A em proceder em patente desacordo com os mandamentos normativos e o contratual, implantado o sistema de *call center* no Mato Grosso do Sul no início dos anos 2000, *interrompendo as demais vias comunicação e ocasionando um verdadeiro colapso entre os usuários do serviço de telefonia*. A BRASIL TELECOM S/A infringiu claramente o pactuado ao impor o *call center* aos consumidores de seus serviços, deixando-os sem opção de atendimento presencial e, pior, privados de meios de resolução de problemas rotineiros do sistema de telefonia que, diga-se a verdade, no Brasil ainda padece de seríssimos defeitos.

6. O que se extrai do panorama retratado pela *prova* coligida nos autos é que a BRASIL TELECOM S/A, ao fechar os postos de atendimento físico, interpretou as disposições normativas e contratuais baseada na sua única conveniência, em claro detrimento dos interesses de cerca de 512.000 consumidores, *o que configura prática ilícita, abusiva e danosa*, a render condenação em dano moral coletivo que tem fundamento legal pelo menos no *art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor* (REsp 1.291.213/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012), sendo *in casu* desnecessária a vinculação do referido dano à noção de dor e sofrimento psíquico individual.

7. Descabimento da alegação da ré no sentido de que ao Poder Judiciário é vedado discutir o “modo de funcionamento” de postos de atendimento de telefonia. À luz do inc. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não se entrevê esse entrave em sede de ação proposta pelo legitimado em favor de consumidores do serviço público de telefonia, que foi privatizado e entregue a uma empresa pública que, na condição de concessionária executante do serviço público deve atender sem rebuscos o critério da eficiência preconizado no *caput* do art. 37 da Constituição. Se essa eficiência pode estar sendo tisonada por conta da incúria do concessionário a quem a execução do serviço foi confiada pelo Estado, não há como impedir que essa discussão seja levada ao conhecimento do Judiciário para o fim de recondução da prestação do serviço à trilha contratual, no interesse dos cidadãos, já que são eles os destinatários do serviço. A propósito, são vários os exemplos em que o Judiciário é chamado para perscrutar o funcionamento do serviço público (REsp 1266290/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 16/12/2013), inclusive o próprio serviço de telefonia (AgRg no AgRg no AREsp 152.296/AP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 11/12/2013 - REsp 742640/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 26/09/2007, p. 203).

8. Na medida em que o Poder Judiciário pode infletir sobre as omissões das Agências Reguladoras (AgRg no REsp 1171443/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014 - REsp 1275859/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012), soaria no mínimo estranho dizer que as empresas privadas concessionárias dos serviços públicos sob fiscalização delas restariam imunes ao Judiciário.

9. Não existe qualquer invasão do Judiciário na competência discricionária da agência reguladora (ANATEL) no caso dos autos; o Judiciário não foi provocado para alterar regramentos contratuais de concessão, ou suplantando imposições feitas pela autarquia especial; pelo contrário, foi levada ao conhecimento do Judiciário demanda destinada ao cumprimento *pro populo* de regras que a concessionária deveria atender para facilitar a vida dos usuários. Tanto isso é verdade que na espécie dos autos o que existe é demanda proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO justamente para compelir a concessionária a respeitar um ato de intervenção da Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL, que era notoriamente descumprido. Não se pode olvidar que modernamente se entende que o serviço público não é infenso a participação e controle também pela *sociedade civil* que figura no Estado Democrático de Direito como “sujeito de direitos” em face do serviço público (art. 175, II, Constituição); na medida em que os direitos da massa consumidora de um serviço público estejam sendo prejudicados pela empresa privada que o recebeu em concessão, é correto que aquele que tenha legitimidade *ad causam* para a defesa dos usuários se socorra do Poder Judiciário.

10. Merece realce recordar que na presente ação a *prova* dos autos mostra, à evidência, que a empresa ré prejudicou gravemente os usuários dos serviços públicos de telefonia a ela concedidos pela União. Não há um grão sequer de absurdo em se impor dano moral coletivo ao concessionário que despreza as regras de prestação do serviço a ele delegado pelo Poder Público, justo porque a afronta à coletividade é inafastável.

11. Valor da condenação totalmente adequado à espécie, pois: (1) a prova dos autos faz destacar o *profundo desprezo* da ré para com as regras da prestação do serviço de

telecomunicações que lhe foi cometido, (2) presença de descaso notório para com um grande número de usuários de seus serviços (*colapso entre os usuários do serviço de telefonia*) já que a apelante não se importou em nada com a degradação da qualidade dos tais serviços, ao associar o desrespeito às normas da ANATEL com a existência de um *call center* ineficaz, e, (3) evidente a pouca importância que a empresa devotou à ordem judicial. Acresce-se que a condenação por danos morais, neste e em inúmeros outros casos de *completo desrespeito para com os usuários de serviços públicos concedidos ao particular*, também tem fito pedagógico, objetivando a coibição de novas ações lesivas, desfavoráveis à coletividade. Precedentes desta Corte e do STJ.

12. Verba honorária reduzida.

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, *rejeitar a matéria preliminar, conhecer em parte da APELAÇÃO, para na parte conhecida dar-lhe parcial provimento apenas para reduzir a verba honorária, e negar provimento à REMESSA OFICIAL tida por interposta*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de APELAÇÃO da BRASIL TELECOM S/A contra a sentença de procedência da AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada em seu desfavor pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL.

Consoante a inicial, em apertada síntese, a BRASIL TELECOM S/A, na condição de concessionária dos serviços públicos de telefonia fixa comutada no Estado do Mato Grosso do Sul, em meados do ano 2000 fechou seus postos físicos de atendimento aos usuários, direcionando-os ao serviço de *call center*, que passou a ser o único canal de comunicação com a empresa, gerando grande insatisfação e motivando a intervenção da Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL, que determinou a reabertura das lojas, mas foi desobedecida (fls. 2/40).

Em decorrência, os MINISTÉRIOS PÚBLICOS FEDERAL e ESTADUAL, em litisconsórcio facultativo, ajuizaram a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido de antecipação da tutela, objetivando (1) a reabertura imediata de todos os postos físicos de atendimento em Mato Grosso do Sul, especialmente em Campo Grande, Dourados, Corumbá, Aquidauana, Naviraí, Três Lagoas e Ponta Porã; (2) a publicação da liminar em jornais de grande circulação estadual, por três vezes, nos termos do artigo 56, XII, Código de Defesa do Consumidor; (3) a incidência de multa diária de R\$ 10.000,00, por cada posto físico reaberto fora do prazo (fls. 2/40).

No mérito, ainda requereu-se a condenação da empresa (4) à obrigação de instalar, em prazo determinado, postos físicos em todos os municípios sul-mato-grossenses onde forneça serviços de telefonia fixa, conforme Plano Geral de Metas e Qualidades da ANATEL; (5) à

incidência de multa diária de R\$ 10.000,00, por cada posto físico aberto fora do prazo; (6) ao pagamento de danos morais em valor a ser fixado, em favor do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor; (7) ao pagamento de custas e honorários advocatícios. Deu-se à causa o valor de R\$ 500.000,00 (fls. 2/40).

Em 8/2/2002, o Juízo da 4ª Vara Federal de Campo Grande/MS *deferiu o pedido liminar*, determinando que a BRASIL TELECOM S/A (1) reabrisse em 5 dias os postos físicos, especialmente em Campo Grande, Dourados, Corumbá, Aquidauana, Naviraí, Três Lagoas e Ponta Porã, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00; (2) publicasse o teor da decisão em jornais de grande circulação estadual, por três vezes, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00. O Juízo ainda admitiu o ingresso da ANATEL na lide, na condição de interessada (fls. 977/988).

Contra essa decisão, a BRASIL TELECOM S/A interpôs o AGRADO DE INSTRUMENTO nº 2002.03.00.004352-2, distribuído nessa Corte à relatoria da Desembargadora Federal SALETE NASCIMENTO que, liminarmente, (1) aumentou para 20 dias o prazo para reabertura dos postos físicos; (2) reduziu para R\$ 20.000,00 a multa diária por descumprimento; (3) relevou a determinação de veiculação de contrapropaganda, tendo em vista a publicação da decisão na imprensa oficial e na *internet* (fls. 1364/1368).

Foi deferida inclusão da ANATEL como litisconsorte ativo (fls. 1932).

Em 23/10/2007, o Juízo *a quo* afastou as preliminares arguidas pela BRASIL TELECOM S/A, exceto a relativa à competência da Vara, decidindo delimitar a demanda às questões envolvendo os consumidores de Campo Grande e de Aquidauana, nos termos do artigo 2º da Lei nº 9.494/97. Na mesma decisão, a fim de verificar o cumprimento da liminar, determinou a realização de inspeção das lojas reabertas em Campo Grande e Aquidauana e da instalada no município de Miranda (fls. 2020/2022).

Em 19/3/2010 foi proferida a *sentença de procedência* (fls. 2131/2155), nos seguintes termos:

...

Diante do exposto, julgo procedente o pedido, para:

- 1) condenar a ré a reabrir todos os postos de atendimento de telefonia fixa comutada presentes nesta Cidade, quando da sua contratação pela ANATEL, mantendo, assim a liminar concedida;
 - 1.1.) declarar que essa reabertura pressupõe a possibilidade dos usuários solicitarem todo e qualquer serviço enquadrado na concessão, na primeira visita aos postos, independentemente de outros contatos, seja presencial, por telefone ou internet;
 - 2) condenar a ré a instalar, no prazo máximo de seis meses, postos ou lojas de atendimento pessoal ao consumidor usuários, em todos os municípios sul-mato-grossenses onde ela fornece ou vier a fornecer Serviço Telefônico Comutado, respeitados os limites da jurisdição territorial desta Vara;
 - 2.1.) a estrutura de pessoal, aí incluída a capacitação e treinamentos, equipamentos, móveis, instalações físicas, etc., serão fixadas por ato da ANATEL, a ser apresentado nos presentes autos, começando daí o prazo para cumprimento desta decisão;
 - 3) pagar multa diária no valor de R\$ 20.000,00, para cada posto ou loja de atendimento que a empresa abrir após o prazo determinado, em cada Município;
 - 3.1.) pelo descumprimento parcial da liminar que determinou a reabertura dos postos, reduz a multa para R\$ 1.000,00 por dia, a contar do final do prazo da decisão do TRF da 3ª Região, no recurso de agravo já referido, até a data em que for constatado o restabelecimento do serviço, mediante diligência por Oficial de Justiça desta Vara, a requerimento da ré,
 - 4) pagar indenização por dano moral, no valor de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), a ser depositado no Fundo Estadual de Defesa do Consumidor;

- 5) pagar honorários aos advogados da ANATEL, na ordem de 50.000,00 arbitrados na forma do art. 20, 4º, do CPC, e
 - 6) pagar as custas processuais.
- www.jfsp.jus.br

Nas razões de APELAÇÃO, a BRASIL TELECOM S/A preliminarmente suscita (1) a perda superveniente do interesse de agir, tendo em vista a assinatura em 21/12/2004 do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta/TAC com a ANATEL, prevendo a abertura de postos de atendimento em todos os municípios da sua área de atuação; a aprovação do novo Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 341/2003), prevendo a obrigatoriedade de atendimento pessoal; a aprovação do novo Regulamento do Sistema Telefônico Fixo Comutado/STFC (Resolução ANATEL nº 426/2005), esclarecendo que o atendimento pessoal pressupõe interação presencial (fls. 2159/2182).

No mérito, a apelante requer (2) o reconhecimento de que o atendimento pessoal deve ser realizado em conformidade com a Resolução ANATEL nº 341/2003; (3) que seja afastada a condenação por dano moral coletivo, não configurado nem “em tese”, diante da inexistência de ato ilícito. Subsidiariamente, pleiteia (4) a redução do valor da indenização por dano moral coletivo e dos honorários advocatícios devidos à ANATEL (fls. 2159/2182).

Os MINISTÉRIOS PÚBLICOS FEDERAL e ESTADUAL e a ANATEL nas contrarrazões, pugnam pelo desprovimento do recurso (fls. 2191/2207, 2209/2216, 2222/2223).

O feito foi distribuído à relatoria do Desembargador Federal LAZARANO NETO, em 5/10/2010 (fls. 2225/v).

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 2228/2242).

O feito foi redistribuído a essa relatoria, por sucessão, em 22/10/2012.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

Inicialmente, dou por interposta a REMESSA OFICIAL, nos termos do artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública c/c artigo 475, I, do Código de Processo Civil.

Em relação à matéria preliminar, *não houve perda superveniente do interesse de agir*, seja em razão do TAC firmado com a ANATEL em 21/12/2004 - no bojo do procedimento administrativo nº 53500005142/2003, onde se obrigou a instalar postos físicos de atendimento em todos os municípios em que atua -, seja em decorrência da aprovação do novo Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 341/2003), prevendo a obrigatoriedade de atendimento pessoal, e do Regulamento do Sistema Telefônico Fixo Comutado/STFC (Resolução ANATEL nº 426/2005), esclarecendo que o atendimento pessoal pressupõe interação presencial.

Para começar, a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA pretende - além da reabertura dos postos físicos que foram fechados e da instalação de outros nos demais municípios em que a BRASIL TELECOM S/A fornece serviços de telefonia comutada - *o pagamento de indenização*

por danos morais coletivos.

Afora essa peculiaridade, que - *per si* - basta para afastar a preliminar suscitada, constatou-se que nenhuma das medidas administrativas supracitadas foi suficiente para consertar a atuação da apelante no Mato Grosso do Sul, haja vista o resultado das inspeções realizadas no decorrer da instrução processual.

Por exemplo, no município de Miranda/MS, fiscalizado em 19/11/2007, o atendimento aos consumidores era realizado por uma empresa terceirizada (*loja de fotocópias*), que não recebeu treinamento adequado e sequer possuía qualquer autonomia para resolução dos problemas trazidos, tanto que redirecionava as questões ao serviço de *call center* - justamente o que motivou as reclamações dos usuários e ensejou a propositura dessa AÇÃO CIVIL PÚBLICA (fls. 2056/2065).

Deve-se ponderar, ainda, que o TAC nunca poderia justificar a perda do interesse de agir, uma vez que a sua vigência era restrita ao *ano de 2005*, classificado como *período de transição* para implantação do novo Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 341/2003), e, consoante a autarquia, sua assinatura não provocou o arquivamento do procedimento administrativo nº 53500005142/2003, mas sua *mera suspensão*, tanto que ao término da validade do instrumento o julgamento foi retomado (fls. 1971/1975).

Ou seja: a *realidade fática* desvelada nos autos não tem - ao contrário do suposto nas razões da BRASIL TELECOM S/A - o efeito de esfumçar a visão da Turma julgadora acerca das consequências, do alcance e da eficácia do TAC.

Ademais, outro *fato* deve ser destacado: segundo a ANATEL, foram realizadas fiscalizações para a verificação do efetivo cumprimento do TAC, que se revelou insatisfatório. Constatou-se que até as lojas reabertas por força da liminar expedida nesta AÇÃO CIVIL PÚBLICA funcionavam de *forma precária* (haja vista o exemplo acima), desatendendo o mínimo obrigatório, que conjuga o atendimento pessoal por funcionário da empresa, com autonomia e possibilidade de fruição dos serviços especificados (fls. 1971/1975).

Quanto às edições do novo Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 341/2003) e do novo Regulamento do Sistema Telefônico Fixo Comutado/STFC, (Resolução ANATEL nº 426/2005), é necessário ressaltar que além de encerrarem atos administrativos *posteriores aos danos causados aos consumidores*, o teor desses regulamentos só faz fortalecer o propósito desta demanda, eis que foram publicados justamente com o escopo de *coibir práticas abusivas no setor de telecomunicações*.

É de rigor, portanto, o afastamento da preliminar arguida.

Superada essa questão, deve-se examinar os *fatos* que ensejaram a demanda, para se averiguar se a consequência judicial é adequada.

Para começar, a ré BRASIL TELECOM S/A requer que essa Corte *reconheça expressamente* que o atendimento pessoal deve ser realizado conforme previsto na Resolução ANATEL nº 341/2003, especificamente em seu artigo 32.

Como bem colocado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em contrarrazões, tal alegação é *impertinente e contraditória* face o próprio objeto do apelo - *que é a reforma da sentença* - considerando que *inexiste* nos autos um pedido contrário ao teor dos atos normativos da ANATEL.

A controvérsia gira em torno da substituição dos postos físicos de atendimento aos usuários dos serviços de telefonia fixa comutada no Estado do Mato Grosso do Sul, fornecidos pela BRASIL TELECOM S/A, feita pelo sistema de *call center*; que passou a ser o único canal de comunicação

do consumidor com a empresa, isso gerando grande insatisfação pública.

Nesse ensejo, a ampliação da discussão para questão não apresentada e nem debatida em primeira instância configura violação não apenas dos limites legais da jurisdição, mas sobretudo da garantia ao contraditório..., conforme ensinamento de Humberto Theodoro Júnior (*in Curso de Direito Processual Civil* - Volume I, Editora Forense, 2012, p. 626).

Assim, deixo de conhecer do pedido formulado pela apelante, relativo à convalidação das regras previstas na Resolução ANATEL nº 341/2003.

Prosseguindo, a BRASIL TELECOM S/A também se insurge contra a condenação por dano moral coletivo, que afirma não restar configurado nem “em tese”, diante da *inexistência* de ato ilícito.

Sem razão a apelante mais uma vez.

Ao longo da instrução ficou cabalmente comprovado que a BRASIL TELECOM S/A *contrariou* o disposto no Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 30/1998) e no Regulamento do Sistema Telefônico Fixo Comutado/STFC (Resolução ANATEL nº 85/1998) - que à época estavam em vigor - e *quebrou* o Contrato de Concessão ao desativar seus postos físicos de atendimento, impondo unilateralmente o *call center* para cerca de 512.000 usuários, deixando-os sem opção de atendimento presencial.

Vejamos o que foi previsto no Plano Geral de Metas de Qualidade/PGMQ (Resolução ANATEL nº 30/1998), acerca da manutenção de atendimento presencial pelas prestadoras de serviço telefônico fixo comutado, *verbis* (destaquei):

CAPÍTULO X

Das Metas de Atendimento Pessoal ao Usuário

Art. 32. Toda localidade com Serviço Telefônico Fixo Comutado com acessos individuais deverá ser dotada, pela prestadora do serviço, *de atendimento público que permita ao usuário efetuar qualquer interação relativa à prestação do serviço.*

Art. 33. O usuário, *ao comparecer a qualquer setor de atendimento público da prestadora do serviço, deverá ser atendido em até 10 minutos, em 95% dos casos.*

Art. 34. Pedidos verbais de informação recebidos por empregado da prestadora do serviço, *em setor de atendimento público, e que não possam ser respondidos de imediato, deverão ser respondidos em até um dia útil, em 95% dos casos.*

Não há dúvida de que o conhecido *call center* é uma “ferramenta” moderna, largamente utilizada nos dias de hoje, como afirma a apelante, ao tentar *reduzir* a discussão dos autos à dicotomia entre o moderno e o tradicional e ultrapassado, como ela classifica o atendimento presencial.

Esse não é o foco da questão, todavia.

O certo e incontrovertível é a postura unilateral da BRASIL TELECOM S/A em proceder em patente desacordo com os mandamentos normativos e o acerto contratual, implantando o sistema de *call center* no Mato Grosso do Sul no início dos anos 2000, *interrompendo as demais vias de comunicação e ocasionando um verdadeiro colapso entre os usuários do serviço de telefonia.*

Não se ignora que o chamado *call center* é um recurso moderno, mas nem o mais ingênuo dos indivíduos pode dizer que ele substituiu com “inegável” vantagem o contato direto entre o consumidor necessitado de um serviço ou providência da prestadora de serviços, e uma pessoa física pertencente aos quadros da empresa, capacitado para encaminhar ou resolver a

situação que aflige o usuário.

Por essa óbvia razão - consistente na garantia de bom atendimento ao consumidor - foi que a Resolução ANATEL nº 30/1998 exigiu da empresa de telecomunicações concessionária desse serviço público, a manutenção de rede interativa de atendimento público - presencial - mantido pela firma prestadora do serviço.

Em outras palavras, a BRASIL TELECOM S/A infringiu claramente o quanto havia pactuado com o Poder Público, ao impor o *call center* aos consumidores de seus serviços, deixando-os sem opção de atendimento presencial e, pior, privados de meios de resolução de problemas rotineiros do sistema de telefonia que, diga-se a verdade, no Brasil ainda padece de seríssimos defeitos.

Consoante a petição inicial o setor do *call center* da BRASIL TELECOM S/A “apto” a solucionar pedidos de reparo e de instalação de linhas no Mato Grosso do Sul estava fisicamente alocado em Goiânia/GO e atuava de forma *absolutamente ineficaz*.

Há relatos de impossibilidade de negociação de débitos, de linhas telefônicas cortadas sem aviso prévio, de cobrança indevida, de problemas não solucionados, de morosidade no atendimento, entre outros. Em suma, as reclamações transcritas nos autos exalam o desequilíbrio instalado na relação consumidor/fornecedor, pois a nova sistemática de atendimento era vantajosa apenas para a apelante, haja vista o grau de insatisfação da população, rebaixada à condição de “refém” dos atendentes do *call center*; os prejuízos gerados e a manifesta degradação da qualidade dos serviços prestados (fls. 133/151, 359/364).

Agindo dessa forma, a BRASIL TELECOM S/A também violou os princípios que regem o fornecimento de serviço público, especialmente os da continuidade, eficiência e adequação, considerando que os usuários - ao contrário do que era propagado - foram privados de um tratamento correto, regular e até mesmo cortês.

A propósito, não tem cabimento a alegação da ré no sentido de que ao Poder Judiciário é vedado discutir o “modo de funcionamento” de postos de atendimento de telefonia.

À luz do inc. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não se entrevê esse entrave em sede de ação proposta pelo legitimado em favor de consumidores do serviço público de telefonia, que foi privatizado e entregue a uma empresa pública que, na condição de concessionária executante do serviço público deve atender sem rebuscos o critério da eficiência preconizado no *caput* do art. 37 da Constituição. Se essa eficiência pode estar sendo tísada por conta da incúria do concessionário a quem a execução do serviço foi confiada pelo Estado, não há como impedir que essa discussão seja levada ao conhecimento do Judiciário para o fim de recondução da prestação do serviço à trilha contratual, no interesse dos cidadãos, já que são eles os destinatários do serviço. A propósito, são vários os exemplos em que o Judiciário é chamado para perscrutar o funcionamento do serviço público (REsp 1266290/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 16/12/2013), inclusive o próprio serviço de telefonia (AgRg no AgRg no AREsp 152.296/AP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 11/12/2013 - REsp 742640/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 26/09/2007, p. 203).

Ademais, na medida em que o Poder Judiciário pode infletir sobre as omissões das Agências Reguladoras (AgRg no REsp 1171443/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014 - REsp 1275859/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012), soaria no mínimo estranho dizer que as empresas privadas concessionárias

dos serviços públicos sob fiscalização delas restariam imunes ao Judiciário.

De outro lado, não existe qualquer invasão do Judiciário na competência discricionária da agência reguladora (ANATEL) no caso dos autos; o Judiciário não foi provocado para alterar regramentos contratuais de concessão, ou suplantando imposições feitas pela autarquia especial; pelo contrário, foi levada ao conhecimento do Judiciário demanda destinada ao cumprimento *pro populo* de regras que a concessionária deveria atender para facilitar a vida dos usuários. Tanto isso é verdade que na espécie dos autos o que existe é demanda proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO justamente para compelir a concessionária a respeitar um ato de intervenção da Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL, que era notoriamente descumprido.

Ainda, não se pode olvidar que modernamente se entende que o serviço público não é infenso a participação e controle também pela *sociedade civil* que figura no Estado Democrático de Direito como “sujeito de direitos” em face do serviço público (art. 175, II, Constituição); na medida em que os direitos da massa consumidora de um serviço público estejam sendo prejudicados pela empresa privada que o recebeu em concessão, é correto que aquele que tenha legitimidade *ad causam* para a defesa dos usuários se socorra do Poder Judiciário.

Pensar e dizer o contrário é o *típico comportamento autoritário*, incompatível com nossa evolução constitucional, pois com essa ideologia o que se pretende é conservar apenas nas mãos do poder político que se acha na direção do Estado toda a atividade de fiscalização do concessionário, como se a população fosse apenas um “mero detalhe” na relação - por vezes promíscua - entre o poder político e os delegatários da prestação de serviços públicos.

No mais, o que se extrai do panorama retratado pela *prova* coligida nos autos é que a BRASIL TELECOM S/A, ao fechar os postos de atendimento físico, interpretou as disposições normativas e contratuais baseada na sua exclusiva conveniência, em claro detrimento dos interesses de cerca de 512.000 consumidores, *o que configura prática ilícita, abusiva e danosa*, a render condenação em dano moral coletivo que tem fundamento legal pelo menos no *art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor* (REsp 1.291.213/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012), sendo *in casu* desnecessária a vinculação do referido dano à noção de dor e sofrimento psíquico individual.

Merece realce recordar que na presente ação a prova dos autos mostra, à evidência, que a empresa ré prejudicou gravemente os usuários dos serviços públicos de telefonia a ela concedidos pela União.

A respeito de serviço público, leciona MARÇAL JUSTEN FILHO (*Curso de direito administrativo*, pág. 731, 10ª edição, RT):

... o serviço público é um atributo da sociedade, ainda que a competência para sua organização e regulamentação seja formalmente atribuída ao Estado. Mas o Estado não é “proprietário” do serviço público. Se fosse possível aludir a “propriedade do serviço público”, certamente sua titularidade seria de toda a sociedade.

Ainda que com um pé no Direito Administrativo clássico de Léon Duguit, nunca é demais lembrar as palavras do saudoso HELY LOPES MEIRELLES (Direito administrativo brasileiro, pág. 386, 40ª edição, ed. Malheiros - destaquei):

A atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade.

Enfim, com raras clareza e felicidade, MÁRCIO PESTANA (Direito administrativo brasileiro, pág. 426, 2ª edição, ed. Campus Jurídico) sintetiza:

... os serviços públicos nascem da vontade coletiva, que os deposita no ordenamento, considerando-os de relevo à comunidade, serviços estes guindados à concessão de públicos, os quais poderão ser prestados tanto pelo Poder Público, como também por seus delegados.

Portanto, não há um grão sequer de absurdo em se impor dano moral coletivo ao concessionário que despreza as regras de prestação do serviço a ele delegado pelo Poder Público, justo porque a afronta à coletividade é inafastável.

Isto posto, *fica mantida* a condenação da apelante, nos termos da sentença, inclusive quanto ao pagamento de indenização por danos morais coletivos causados aos consumidores afetados pelas ações retratadas nesses autos, no valor de R\$ 2.500.000,00, em favor do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor (artigos 13 da LACP e 6º, VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor).

Quanto ao valor fixado, tenho-o como pertinente à espécie, pois: (1) a *prova dos autos* faz destacar o *profundo desprezo* da ré para com as regras da prestação do serviço de telecomunicações que lhe foi cometido, (2) o *descaso notório para com um grande número de usuários* de seus serviços já que a apelante não se importou em nada com a degradação da qualidade dos tais serviços, ao associar o desrespeito às normas da ANATEL com a existência de um *call center* ineficaz, e, (3) a *pouca importância que devotou à ordem judicial*. Acresce-se que a condenação por danos morais, nesse e em inúmeros outros casos de completo desrespeito para com os usuários de serviços públicos concedidos ao particular, também tem fito pedagógico, objetivando a coibição de novas ações lesivas, desfavoráveis à coletividade.

A propósito, colaciono julgados desta Corte que mantiveram a imposição de ressarcimento por danos morais coletivos (destaquei):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGITIMIDADE DO BACEN. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ART. 109, I, DA CF. COMPETÊNCIA FEDERAL. REGULAMENTAÇÃO DO TEMPO DE ESPERA PARA O ATENDIMENTO BANCÁRIO. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL E ESTADUAL. POSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS COLETIVOS.

1.....

2.....

3. Cabível o pedido do Ministério Público Federal consistente na imposição imediata de obrigação de fazer, ante o manifesto descumprimento da legislação estadual (e municipal pelas instituições bancárias rés, localizadas nos Municípios que integram a circunscrição judiciária de São Carlos/SP.

4. Quanto ao pedido de danos morais coletivos, procedente a irresignação do "parquet", haja vista que a autoexecutoriedade da lei reclama seu pronto atendimento, sem que haja a necessidade de o órgão de defesa dos interesses difusos e coletivos recorrer ao Poder Judiciário.

5. Tal postura das Rés, de fato, prejudica uma infinidade de pessoas que se valem diariamente das instituições bancárias para efetuar as mais diversas operações que exijam a intervenção do sistema financeiro, como, por exemplo, pagamentos de obrigações civis, trabalhistas, tributárias e administrativas, depósitos, recebimentos de salários etc.

6. Apelação do BACEN e remessa oficial parcialmente providas para reconhecer a ilegitimidade passiva do BACEN.

7. Apelação do MPF provida.

8. Apelações das rés desprovidas.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0002082-60.2006.4.03.6115, Rel. DESEMBAR-GADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 30/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2013)

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CIRCULAÇÃO DE BOTIJÕES DE GÁS EM DESACORDO COM AS NORMAS DE SEGURANÇA. NÃO CABIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL PARA COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS. VIOLAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LIMITES DA FISCALIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RESPONSÁVEL PELA DISTRIBUIÇÃO DOS BOTIJÕES DE GÁS. DANO MORAL COLETIVO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MULTA IMPOSTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 18 DA LEI Nº 7.347/85 - ISENÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. Agravo retido interposto às fls. 956/960 conhecido, vez que sua apreciação foi reiterada quando da interposição das razões de apelação, na forma do artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil.

2. As alegações que a Companhia Ultragaz S/A pretende comprovar por testemunhas, qual seja, a adequação do processo de manutenção, requalificação e sucateamento dos vasilhames de gás, apenas podem ser atestados através de prova documental, sendo desnecessária e dispensável a oitiva de testemunhas para tal fim.

3. A prova documental juntada aos autos demonstra, à exaustão, que a Companhia Ultragaz S/A, ao contrário do que afirma, não adotava os procedimentos necessários para conservação e armazenamento dos botijões sob sua responsabilidade.

4. Não há que se alegar que foram adotadas todas as medidas recomendadas pelos órgãos responsáveis pela regulamentação da questão e que eventual responsabilidade pelo seu descumprimento, por parte das empresas revendedoras, deve ser apurada pela Agência Nacional de Petróleo - ANP. Constam dos autos inúmeras autuações lavradas pela ANP contra a Ré - Cia. Ultragaz S/A - sendo absolutamente infundada a defesa por ela apresentada. Tanto é verdade que os botijões não apresentavam as mínimas condições de segurança, nos termos da legislação em vigor, que foram efetuadas as autuações, pelo órgão competente para proceder a fiscalização, como comprovam os documentos de fls. 74/190.

5. *A conduta praticada pela Ré põe em risco não apenas os consumidores adquirentes dos botijões de gás, como também todos os aqueles que se encontram em locais próximos, face ao risco de explosão. É patente a insegurança causada à coletividade, independentemente da comprovação de nexos causal, a ensejar a condenação por danos morais coletivos, com amparo no artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.*

6. A multa estabelecida em caso de descumprimento da decisão (R\$ 1.000,00 - um mil reais, por cada ocorrência) mostra-se razoável e proporcional à finalidade a que se destina, impondo sua manutenção.

7. A sentença recorrida também não merece qualquer alteração em relação à ausência de condenação da empresa Ré no pagamento de custas e honorários advocatícios, face ao disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

8. Agravo retido desprovido. Apelações do Instituto de Defesa da Cidadania (PRODEC) e da Companhia Ultragaz S/A desprovidos. Apelação da Agência Nacional de Petróleo (ANP) parcialmente provida e Apelação do Ministério Público Federal provida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0012418-47.2001.4.03.6100, Rel. DESEMBAR-GADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 06/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/06/2013)

DIREITO PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO - ACÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MPF - LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF - PRELIMINARES REJEITADAS - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CUSTOS DE COMPOSIÇÃO

DA REVISÃO TARIFÁRIA - NATUREZA COGENTE DA DEFINIÇÃO DE POSTOS DE ATENDIMENTO DA “EMPRESA DE REFERÊNCIA” NA NOTA TÉCNICA DA ANEEL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, MANTIDA - DANO MORAL COLETIVO - OCORRÊNCIA - VALOR RAZOÁVEL DA INDENIZAÇÃO ARBITRADA E DA MULTA COMINATÓRIA FIXADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS AO MPF.

I - A sentença julgou parcialmente procedente a ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, considerando, em síntese, que o modelo de “Empresa de Referência” constante da Nota Técnica SRE-ANEEL nº97/2003 tinha natureza vinculante quanto ao estabelecimento do número mínimo de escritórios para atendimento ao consumidor necessários para a prestação de serviços públicos adequados (foram previstos 124), por ter sido considerado na revisão tarifária da ELETROPAULO no ano de 2003, sendo que à época da sentença já estava em vigor a Nota Técnica SRE-ANEEL nº184/2007 reduzindo o número de escritórios para 75, por isso determinando prazo de 90 dias para que a ELETROPAULO apresentasse à ANEEL o cronograma de instalação dos postos de atendimento, que a ANEEL expedisse em 30 (trinta) dias regulamentação sobre o assunto à vista das informações prestadas pela ELETROPAULO, bem como fixando o prazo de 12 (doze) meses para o início de funcionamento dos escritórios, com obrigação de veiculação de publicidade para ciência dos usuários quanto aos locais e horários de atendimento, tudo sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 e, ainda, condenando a ELETROPAULO ao pagamento de indenização por danos morais coletivos arbitrados em R\$ 100.000,00, além da condenação das rés ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 20.000,00.

II - Estão prejudicados os dois agravos retidos interpostos pela ré Eletropaulo (fls. 756/759 e 1295/1305) e também o agravo da ANEEL, pois as matérias neles debatidas se confundem com o mérito da ação e seus fundamentos são objeto também da apelação interposta contra a sentença, a serem analisados neste julgamento, além de que, relativamente ao agravo contra a decisão de concessão parcial da tutela antecipatória, estar prejudicado porque no agravo de instrumento interposto pelo autor MPF contra a mesma decisão (AI nº 2005.03.00.005180-5), este TRF acabou concedendo integralmente a tutela antecipatória, em decisão monocrática do Relator, sendo depois o agravo julgado prejudicado em face da superveniência da sentença de procedência da ação civil pública, posto que esta tem efeitos imediatos.

III - O serviço público de fornecimento de energia elétrica é essencial à vida na coletividade e, conquanto possa ser prestado através de empresas privadas por concessão ou permissão estatal e remunerados por tarifa ou preço público (art. 175, § único, I e III, da Constituição Federal), a forma de sua prestação aos usuários é regulada pela Lei nº 8.987/1995 e pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078/90, arts 1º a 3º e 22).

IV - O interesse dos usuários do serviço público de energia elétrica consubstanciado no dever da concessionária de manutenção de postos de atendimento ao consumidor qualifica-se como coletivo, por ser possível a identificação dos interessados, cujo interesse é, contudo, indivisível, igual para todo o grupo, por isso tendo o Ministério Público Federal legitimidade para promover ação civil pública em sua defesa, nos termos do artigo 129, III, da Constituição Federal, artigos 1º, II, e 21, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e artigos 81, § único, II, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes do Eg. STJ.

V - Rejeitada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido de dano moral coletivo, pois a pretensão de que referido dano seja estimado em relação à quantidade de usuários que teriam sido lesados pela conduta da ré não consubstancia pedido genérico e abstrato em ofensa aos arts. 282, IV, 286, e 293 do Código de Processo Civil nem aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal e, ainda, porque as questões suscitadas são relativas ao mérito, ou seja, se existente ou não algum dano a ser indenizado.

VI - Rejeitada a alegação de impossibilidade de acumulação dos pedidos formulados (condenação em dinheiro e obrigação de fazer), feita sob invocação do art. 3º da Lei nº 7.347/85, pois somente haveria vedação se os pedidos tivessem como pressuposto o mesmo objeto, sendo que no caso se trata de objetos diversos a serem atendidos (o dano moral e a obrigação de

fazer), ainda que tenham a mesma causa jurídica (a omissão da ré em cumprir sua obrigação na prestação dos serviços públicos concedidos).

VII - Rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa e conseqüente ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, razoabilidade e adequação na apreciação das provas produzidas, pois a pretensão formulada nesta ação baseia-se no entendimento de que a ré Eletropaulo tinha obrigação de instalar os postos de atendimento aos seus usuários que foram considerados na revisão tarifária de 2003, previstos na Nota Técnica SRE-ANEEL nº 97/2003 ao fixar o modelo de “Empresa de Referência”, em razão de sua natureza cogente, por isso não tendo pertinência o pedido de provas com as quais a ré pretendia demonstrar que as outras estruturas montadas pela concessionária do serviço público seriam suficientes para atender os usuários adequadamente.

VIII - No mérito, tem-se que a natureza vinculante da estrutura de prestação dos serviços públicos concedidos, prevista na Nota Técnica de revisão tarifária como um mínimo para a garantia de um serviço público de qualidade para os usuários, dentro da moderna sistemática de formação do preço por inventivos e restrições à atividade dos concessionários, é extraída do próprio conceito de “Empresa de Referência” (ER) constante da referida NT 97/2003, Anexo I, reproduzido a f. 1056 destes autos: “A ‘Empresa de Referência’ (ER) se define como uma companhia responsável pelo fornecimento do serviço (neste caso a distribuição e comercialização de energia elétrica) na área geográfica do caso específico sob análise, que presta esse serviço em condições de eficiência e adaptação econômica ao ambiente no qual desenvolve sua atividade. O enfoque da ER pretende simular as condições que enfrentaria um operador entrante no mercado no qual opera a empresa real responsável pelo serviço por redes de que se trata, e que deve prestar esse serviço cumprindo as condições estabelecidas no respectivo contrato de concessão. Esse operador deverá cumprir todos os processos e atividades necessários para prestar o serviço de distribuição de energia elétrica, que compreende a operação e a manutenção (O&M) das instalações de infra-estrutura, a gestão técnico-comercial dos clientes e as atividades de direção e administração inerentes a toda empresa. Com essa finalidade, deverá obter os serviços, recursos materiais e humanos que se necessitam para cumprir com eficiência esses processos e atividades, acessando aos diferentes mercados representativos das condições reais existentes na área geográfica de concessão de que se trata.”

IX - Inexistência de qualquer afronta aos termos da legislação específica reguladora dos serviços públicos concedidos, nem em uma suposta violação a princípios da proporcionalidade, razoabilidade ou usurpação das competências regulatórias e fiscalizatórias da ANEEL, e, nem mesmo, em quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, já que os custos com a instalação dos referidos escritórios de atendimento já compõem o preço calculado pela ANEEL na referida Nota Técnica.

X - O dano moral coletivo é aquele que afeta a coletividade considerada como um todo, decorrente da conduta comissiva ou omissiva que viole o interesse ou direito coletivo, sendo expressamente admitido pelo art. 6º, VII e VIII do Código de Defesa do Consumidor; dano que efetivamente ocorreu no caso em exame à vista do descumprimento pela Eletropaulo da obrigação que constava da referida Nota Técnica definidora da necessidade da instalação dos postos de atendimento aos usuários para que se efetivasse a prestação de serviço público de forma minimamente adequada e qualificada, tendo sido também razoável a valoração da indenização em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser destinado ao fundo a que se refere o artigo 13 da Lei nº 7.347/85, ante a área de atendimento e a quantidade de usuários atendidos pela ré.

XI - O prazo para cumprimento da obrigação de fazer, fixado na sentença (90 dias para elaboração de cronograma e 12 meses para início de funcionamento dos postos), revela-se bastante razoável, principalmente à consideração de que a obrigação foi reconhecida na sentença proferida aos 10.10.2007 e a obrigação já constava do plano de revisão tarifária do ano de 2003.

XII - A obrigação imposta à ANEEL não importa em ofensa aos princípios da separação dos

Poderes, da legalidade ou de qualquer outro, pois decorre da interpretação dada à legislação específica do serviço público sob concessão e, particularmente, da identificação da natureza das regras inseridas na Nota Técnica considerada para a revisão tarifária da ré Eletropaulo, concluindo-se por seu caráter obrigatório para a finalidade de alcançar a meta de prestação de serviços com um mínimo de qualidade aos usuários, em atenção ao interesse público envolvido, o que deve ser objeto de promoção e fiscalização pelo Poder concedente através do seu órgão administrativo competente.

XIII - A multa cominatória diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mostra-se razoável para compelir a ré ao cumprimento de sua obrigação no prazo concedido, à vista da sua resistência em fazê-lo espontaneamente.

XIV - Indevida a condenação em honorários advocatícios em favor do Ministério Público Federal, ante a vedação constante do art. 128, § 5º, II, "a", da Constituição Federal.

XV - Remessa oficial, tida por interposta, e apelação da ELETROPAULO parcialmente providas (apenas quanto à exclusão da condenação em honorários advocatícios). Apelação da ANEEL desprovida prejudicados os agravos retidos.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0028228-57.2004.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO SOUZA RIBEIRO, julgado em 24/06/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2010)

Sobre a pertinência da fixação de danos morais coletivos, consulte-se também acórdãos do STJ (REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012), em especial o seguinte aresto:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010)

Por fim, assiste razão à apelante somente na pretensão ao abatimento da verba honorária fixada em favor dos procuradores judiciais da ANATEL. É certo que procederam com zelo, mas a causa não exigiu desvelo profissional extraordinário, pelo que os honorários devem ser reduzidos a R\$ 20.000,00 conforme é da jurisprudência desta Turma.

Por todo o exposto, rejeito a matéria preliminar; conheço em parte da APELAÇÃO, para na parte conhecida dar-lhe parcial provimento apenas para reduzir a verba honorária, e nego provimento à REMESSA OFICIAL tida por interposta.

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0031828-72.2012.4.03.0000
(2012.03.00.031828-0)

Agravante: NILZETE MAMEDES DOS SANTOS E EVILASIO CORDEIRO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 71/75
Interessadas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E CIA. EXCELSIOR DE SEGUROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: AI 490417
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/10/2014

EMENTA

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SEGURO ADJETO AO PACTO DE MÚTUO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. APÓLICE PRIVADA. NÃO COMPROMETIMENTO DO FCVS.

1. O STJ, em julgamento realizado sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento no sentido de que nos feitos em que se discute o pacto de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver controvérsia entre seguradora e mutuário, não detém a Caixa Econômica Federal legitimidade para figurar no polo passivo do feito. Em seguida, em sede de julgamento de embargos de declaração opostos em face do aludido acórdão, aquela Corte, aprofundando no exame da controvérsia, delineou uma distinção entre apólices de seguro públicas e privadas, concluindo que somente no caso de apólices privadas é que não haveria comprometimento de recursos do FCVS, a afastar, em casos tais, o interesse da Caixa Econômica Federal na lide.

2. A partir de 1988, com fundamento no Decreto-lei nº 2.406/88, e depois, na Lei nº 7.682/88, a apólice pública do Seguro Habitacional, existente no âmbito do SFH, passou a ser garantida com recursos do FCVS, o qual, por outro lado, teria como uma de suas fontes de receita o superávit do Seguro Habitacional do SFH. Porém, com a edição da MP nº 1.671/98, passou-se a admitir a cobertura securitária no âmbito do SFH, tanto por meio de apólices públicas (SH/SFH -ramo 66), quanto por apólices de mercado (ramo 68), sendo estas totalmente desvinculadas dos recursos do FCVS. Posteriormente, com o advento da MP nº 478/09, ficou vedada, para novas operações de financiamento ou para operações já firmadas em apólice de mercado, a contratação de apólices públicas (SH/SFH). Por último, sobreveio a MP nº 513/10, convertida na Lei nº 12.409/11, que reafirmou a extinção da apólice pública (SH/SFH) e autorizou o FCVS a assumir todos os direitos e obrigações do extinto SH/SFH, oferecendo cobertura direta aos contratos de financiamento averbados juntos à extinta apólice do SH/SFH.

3. Em síntese, nos contratos firmados anteriormente ao advento da MP nº 1.671/98, a única espécie de seguro existente era a apólice pública (SH/SFH); a partir da edição do aludido diploma até o advento da MP nº 478/09, admitiu-se a contratação de apólice pública e privada; e, por fim, para os contratos firmados após a vigência da MP nº 478/09, somente é possível a contratação de apólice de mercado para os pactos de seguro adjetos a contratos de mútuo habitacional.

4. Se o contrato de mútuo foi firmado no ano de 1983, época em que somente era possível celebrar o respectivo seguro por meio de apólice pública, o que, aliado ao fato de inexistir nos autos prova cabal de que houve migração para a apólice privada quando da renovação anual do seguro pelo agente financeiro (COHAB da Baixada Santista), forçoso concluir pela possibilidade de eventual comprometimento do FCVS, o que, por conseguinte, demonstra o interesse da Caixa Econômica Federal em integrar o feito na qualidade de litisconsórcio passivo e impõe o reconhecimento da competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito originário.
5. Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de outubro de 2014.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto por Nilzete Mamedes dos Santos e outro em face de decisão de fls. 71/75, que deu provimento ao agravo de instrumento.

Sustentam os agravantes, em síntese, que, consoante novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para haver participação processual da CEF no processo deve estar comprovado por documentos o comprometimento do FCVS e das reservas técnicas do FESA, além de se tratar de apólice pública.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Os argumentos expendidos no presente recurso não ensejam a modificação do entendimento firmado na decisão monocrática recorrida, motivo pelo qual transcrevo o referido *decisum*, adotando-o como razões de decidir para o presente agravo:

O E. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.091.363/SC, de Relatoria do I. Juiz Federal Convocado Carlos Fernando Mathias, sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento no sentido de que nos feitos em que se discute o pacto de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver controvérsia entre seguradora e mutuário, não detém a Caixa Econômica Federal legitimidade para figurar no polo passivo do feito.

A propósito, confira-se o aresto em comento, sintetizado na seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO EM QUE SE CONTROVERTE A RESPEITO DO CONTRATO DE SEGURO ADJECTO A MUTUO HIPOTECÁRIO. LITISCONSÓRCIO ENTRE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL/CEF E CAIXA SEGURADORA S/A. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI Nº 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ Nº 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO.

1. Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver discussão entre seguradora e mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), inexistente interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Precedentes.

2. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no Procedimento da Lei nº 11.672/2008 e Resolução/STJ nº 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

3. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa extensão, não providos.”

(REsp 1091363/SC, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 25/05/2009)

Não obstante, em sede de julgamento de embargos de declaração opostos em face do aludido acórdão, aquela E. Corte, aprofundando no exame da controvérsia, delineou uma distinção entre apólices de seguro públicas e privadas, concluindo que somente no caso de apólices privadas é que não haveria comprometimento de recursos do FCVS, a afastar, em casos tais, o interesse da Caixa Econômica Federal na lide.

Com efeito, consoante consignado pela Corte Superior, a partir de 1988, com fundamento no Decreto-lei nº 2.406/88 e, depois, na Lei nº 7.682/88, a apólice pública do Seguro Habitacional, existente no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, passou a ser garantida com recursos do FCVS, o qual, por outro lado, teria como uma de suas fontes de receita o superávit do Seguro Habitacional do SFH.

Porém, com a edição da MP nº 1.671/98, passou-se a admitir a cobertura securitária no âmbito do SFH, tanto por meio de apólices públicas (SH/SFH -ramo 66), quanto por apólices de mercado (ramo 68), sendo estas totalmente desvinculadas dos recursos do FCVS.

Posteriormente, com o advento da MP nº 478/09, ficou vedada, para novas operações de financiamento ou para operações já firmadas em apólice de mercado, a contratação de apólices públicas (SH/SFH).

Por último, sobreveio a MP nº 513/10, convertida na Lei nº 12.409/11, que reafirmou a extinção da apólice pública (SH/SFH) e autorizou o FCVS a assumir todos os direitos e obrigações do extinto SH/SFH, oferecendo cobertura direta aos contratos de financiamento averbados juntos à extinta apólice do SH/SFH.

A propósito, confira-se o aresto sintetizado na seguinte ementa:

“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SEGURO HABITACIONAL. APÓLICE PÚBLICA. FESA/FCVS. APÓLICE PRIVADA. AÇÃO AJUIZADA CONTRA SEGURADORA. INTERESSE JURÍDICO DA CEF. RECURSO REPETITIVO. CITAÇÃO ANTERIOR À MP 513/2010 CONVERTIDA NA LEI 12.409/11.

1. Ação ajuizada antes da edição da MP 513/2010 (convertida na Lei 12.409/2011) contra a seguradora, buscando a cobertura de dano a imóvel adquirido pelos autores no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Pedido de intervenção da CEF, na qualidade de assistente simples da seguradora.

2. O Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), desde a edição do Decreto 2.476/88 e da Lei 7.682/88, garante o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SH/SFH), assumindo, portanto, os seus riscos.

3. Diversamente do que ocorre com as apólices de seguro privadas, cuja contratação no âmbito do SFH somente passou a ser admitida a partir da edição da MP 1.671, de 1998, no caso da Apólice Pública do SH/SFH, o risco é totalmente assumido pelo FCVS, Fundo administrado

pela CEF, do qual o FESA é uma subconta. A seguradora privada, após o pagamento dos sinistros do período e retenção de sua remuneração (sendo esta percentual fixo do valor dos prêmios de seguro mensalmente repassados pelas instituições financeiras, embutidos na prestação paga pelos mutuários), recolhe o superávit ao FESA/FCVS e, por outro lado, em caso de déficit, dele recebe a diferença necessária ao pagamento das indenizações, sendo sua atividade isenta de riscos.

4. Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro privado, apólice de mercado, Ramo 68, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento.

Ao contrário, sendo a apólice pública, do Ramo 66, garantida pelo FCVS, existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal.

5. Hipótese em que o contrato de seguro adjeto ao mútuo habitacional de um dos sete autores foi celebrado em condições de mercado, não sendo vinculado à Apólice Única do SH/SFH, ao contrário do que sucede com os demais litisconsortes ativos.

6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos.

Provimento parcial do recurso especial.”

(EDcl no REsp 1091393/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 28/11/2011)

Em síntese, nos contratos firmados anteriormente ao advento da MP nº 1.671/98, a única espécie de seguro existente era a apólice pública (SH/SFH); a partir da edição do aludido diploma até o advento da MP nº 478/09, admitiu-se a contratação de apólice pública e privada; e, por fim, para os contratos firmados após a vigência da MP nº 478/09, somente é possível a contratação de apólice de mercado para os pactos de seguro adjetos a contratos de mútuo habitacional.

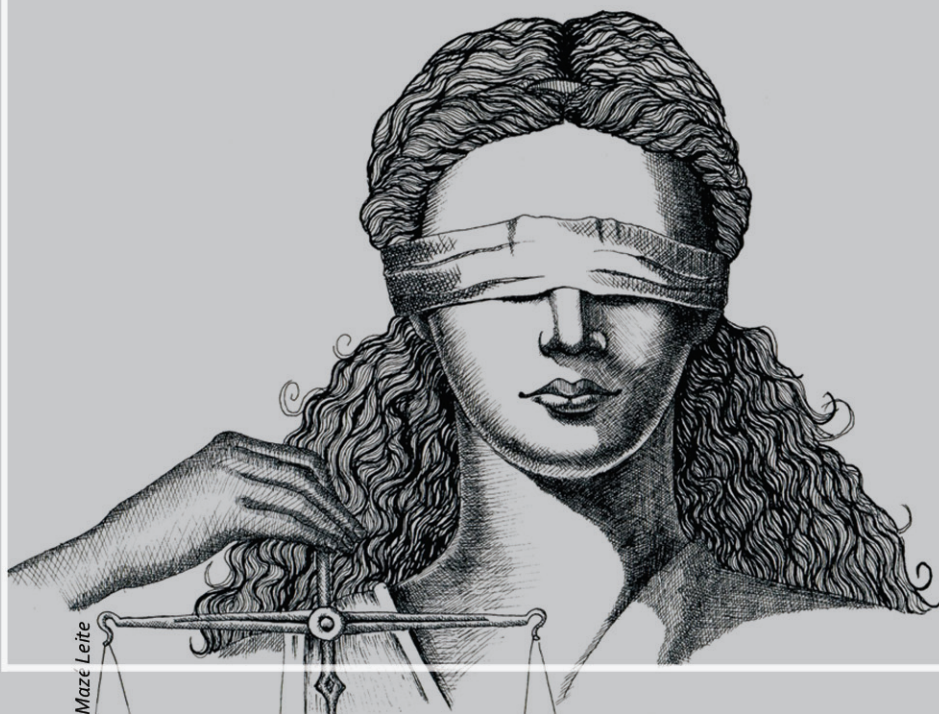
No caso dos autos, o contrato de mútuo foi firmado no ano de 1983, época em que somente era possível celebrar o respectivo seguro por meio de apólice pública, o que, aliado ao fato de inexistir nos autos prova cabal de que houve migração para a apólice privada quando da renovação anual do seguro pelo agente financeiro (COHAB da Baixada Santista), forçoso concluir pela possibilidade de eventual comprometimento do FCVS, o que, por conseguinte, demonstra o interesse da Caixa Econômica Federal em integrar o feito na qualidade de litisconsórcio passivo e impõe o reconhecimento da competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito originário.

Portanto, *nego provimento* ao agravo legal.

É como voto.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

Direito Penal



Mazé Leite

APELAÇÃO CRIMINAL
0005482-91.2011.4.03.6120
(2011.61.20.005482-9)

Apelante: ANTÔNIO CARLOS DA SILVA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA ARARAQUARA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: ACr 58698
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETÔNICO 19/09/2014

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. USO DE DOCUMENTO FALSO COM O FIM DE FAZER PROVA EM AÇÃO TRABALHISTA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE LESIVA. RECURSO DA ACUSAÇÃO NÃO PROVIDO.

1. Entre julho e outubro de 2007, ciente de que a vítima jamais tinha sido cliente da pessoa jurídica Luíza Bijouterias, elaborou declaração falsa, subscrita pela corré, representante legal da empresa, declarando que a vítima seria seu cliente, comprando bijouterias de sua fabricação. O réu fez com que o documento fosse juntado aos autos da demanda trabalhista como prova da inexistência de vínculo empregatício entre si e o reclamante.

2. Materialidade e autoria do crime de falsificação de documento particular demonstrada com as provas testemunhais.

3. Trata-se de falsidade ideológica, cuja falsidade incide sobre o conteúdo da declaração que deveria refletir a verdade, e não sobre o forma ou objeto material no qual se substancia a informação inverídica. Daí por que se afigura desnecessária a prova pericial para aferir se o documento contém informação que não corresponde à verdade. A falsidade ideológica cinge-se a veracidade do contido no documento, não a sua autenticidade formal.

4. O objetivo do apelante era justamente produzir prova perante a Justiça do Trabalho, no bojo da reclamação trabalhista movida contra si, com o intuito de descaracterizar o vínculo trabalhista que o reclamante sustentava existir. Com isso o potencial lesivo e o dolo estão indubitavelmente demonstrados.

5. O fato de o Juízo Laboral não ter conhecido o documento, já que acostado aos autos em momento processual inapropriado, e não ter reconhecido o vínculo trabalhista por fundamentos diversos, não retira a potencialidade lesiva da conduta praticada pelo apelante, já que o documento que forjara possuía potencialidade de, caso conhecido, vir a lesar o direito do reclamante. Para a caracterização do crime basta o dano potencial, o que restou demonstrado nos autos.

6. Dosimetria bem mensurada, que se mantém em (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, 11 (onze) dias-multa no piso legal e substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito e multa, limitação de fim de semana pelo prazo da condenação e 1 (um) salário mínimo a instituição beneficente designada pelo Juízo das Execuções.

7. Apelação a que se nega provimento.

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 recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de setembro de 2014.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo réu ANTÔNIO CARLOS DA SILVA contra a sentença que o condenou pela prática do delito descrito no artigo 304 Código Penal.

De acordo com a denúncia, em julho de 2007 Rosimeire da Silva Pereira Falcone e Valmir Falcone ajuizaram reclamação trabalhista em face de Olga Letícia Escamila da Silva e seu marido, o denunciado ANTONIO CARLOS DA SILVA, alegando terem prestado serviço de caráter permanente, com subordinação, requerendo o reconhecimento do vínculo trabalhista, com condenação dos reclamados ao pagamento das verbas daí decorrentes.

Os reclamados alegaram que Rosimeire da Silva Pereira Falcone e Valmir Falcone não foram seus empregados, mas que adquiriam seus produtos em consignação e os vendiam a terceiros, arcando assim com os riscos da atividade e custos dela decorrentes.

A fim de fazer prova de sua versão, ANTONIO CARLOS pretendia evidenciar que Rosimeire da Silva Pereira Falcone e Valmir Falcone compravam produtos de outras empresas, concomitantemente, para revenda, não trabalhando exclusivamente com os produtos que lhes eram entregues por si e sua esposa.

Relata a exordial que, com tal desiderato, ANTONIO CARLOS, entre julho e outubro de 2007, ciente de que Valmir jamais tinha sido cliente da pessoa jurídica Luíza Bijouterias, elaborou declaração falsa, subscrita pela corré TATIANA OLIVEIRA MARCHETTI, representante legal da empresa, declarando que Valmir Falcone seria seu cliente, comprando bijouterias de sua fabricação.

Ressalta a peça acusatória que TATIANA tinha ciência de que o conteúdo da declaração que assinava não correspondia à verdade, embora não soubesse que seria usada em demanda trabalhista.

Narram os autos que o réu fez com que o documento fosse juntado aos autos da demanda trabalhista como prova da inexistência de vínculo empregatício entre si e o reclamante Valmir, junto com a contestação, em data não precisada nos autos, mas entre julho e outubro de 2007.

ANTONIO CARLOS DA SILVA foi denunciado como incurso no artigo 304, c.c. 299 e TATIANA OLIVEIRA MARCHETTI no artigo 299, todos do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 20 de outubro de 2010 (fl. 146).

Decisão proferida na ação penal nº 0006094-97.2009.403.6120 (fl. 180) determinou o

desmembramento daqueles autos para a instauração destes, onde se apura exclusivamente a conduta do denunciado.

Regulamente processado o feito, sobreveio sentença (fls. 315/323) que julgou procedente a denúncia para condenar ANTONIO CARLOS DA SILVA como incurso no artigo 304 do Código Penal à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, e 11 (onze) dias-multa no piso legal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos consistente em limitação de fim de semana e multa de 1 (um) salário mínimo a instituição beneficente designada pelo Juízo das Execuções.

Inconformado, apela o réu. Postula a absolvição sob os seguintes fundamentos (fls. 332/337):

1. atipicidade da conduta, pois não teve o condão de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, mas fazer valer o direito do réu, o qual foi expressamente reconhecido pela sentença trabalhista, que sequer considerou o documento e reconheceu a improcedência da pretensão trabalhista.

2. ausência de dolo, pois desprovido da intenção de prejudicar terceiro, mas agiu no intuito de defender seus direitos;

3. ausência de objeto material a comprovar a crime, pois o documento não foi submetido a perícia criminal.

O Ministério Público Federal, em contrarrazões, manifesta-se no sentido de ser negado provimento ao apelo da defesa (fls. 340/341).

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 344/348) em prol de ser desprovido o recurso da defesa.

É o Relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

A apelação não comporta provimento.

Não merece prosperar a alegação da necessidade de perícia, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal, para comprovação do delito imputado ao apelante, porque se trata de falsidade ideológica, cuja falsidade incide sobre o conteúdo da declaração que deveria refletir a verdade, e não sobre o forma ou objeto material no qual se substancia a informação inverídica. Daí por que se afigura desnecessária a prova pericial para aferir se o documento contém informação que não corresponde à verdade. A falsidade ideológica cinge-se a veracidade do contido no documento, não a sua autenticidade formal.

Nesse sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Afigura-se desnecessária a prova pericial para demonstração da falsidade ideológica, tendo em vista recair o falso sobre o conteúdo das ideias, que pode ser demonstrado através de outros meios de prova. Precedentes” (Resp 200400688463, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 28.11.05) grifei.

A falsidade ideológica do documento restou comprovada pelos demais elementos dos autos, quais sejam, declarações do apelante e demais relatos testemunhais.

A testemunha Eliane Cristina da Silva Olandin afirmou, tanto na fase indiciária (fl. 25), quanto em audiência judicial (mídia audiovisual de fls. 227/228), que foi empregada de Tatiana que, por sua vez, era proprietária de uma fábrica de joias. Recorda-se de que em determinado dia o réu, ANTONIO CARLOS DA SILVA, chegou ao estabelecimento e se dirigiu a ela, dizendo que precisava de uma declaração de que era cliente da empresa de Tatiana, pois pretendia utilizá-la como referência para comprar em outros estabelecimentos. Como a testemunha disse que estava sem impressora naquele dia, ANTONIO CARLOS DA SILVA perguntou se poderia redigir e apresentar posteriormente apenas para colher a assinatura, tendo, então, saído e retornado mais tarde com a declaração pronta. A testemunha afirmou que apenas pegou a declaração e levou para Tatiane, que se encontrava em outro local do estabelecimento, e, rapidamente, Tatiana retornou e entregou o papel ao réu. A depoente não leu e também não sabe dizer se Tatiana leu a declaração. Confirmou que ANTONIO CARLOS DA SILVA e esposa eram clientes há vários meses do estabelecimento de Tatiana.

Valmir Falconi (fl. 16), testemunha de acusação e autor da reclamação trabalhista, afirmou que ele e sua mulher trabalharam com vendas externas para o réu na ocasião dos fatos, e disse que o acusado tinha uma empresa de folheados e uma loja na avenida Sete de Setembro, onde a testemunha retirava as mercadorias para vender a lojas e sacoleiros na região. Em determinado momento, a testemunha ingressou com ação trabalhista pleiteando direitos de empregado, pois não tinha registro em carteira de trabalho, segundo contou em Juízo. Indagado sobre a declaração objeto da discussão nesta ação penal, afirmou que o réu “para tentar descaracterizar o vínculo empregatício que eu tentava justificar, ele procurou essa empresa na cidade de Limeira, uma pessoa que eu nunca tinha visto na frente, nunca tinha tido nem contado (...) e pegou um documento dele que eu comprava dela a mercadoria”. Afirmou que não conhece Tatiana e que nunca teve relacionamento comercial com a Luiza Bijuterias. Disse saber que o réu comprava em Limeira e afirmava que também fabricava algumas peças. Segundo asseverou, as mercadorias que vendia eram fornecidas pelo réu, porém a testemunha não as comprava.

Rosimeire Motta (fl. 243), testemunha arrolada pela defesa, atuou como advogada do acusado no processo trabalhista no qual foi juntada a declaração apontada como falsa. Afirmou que o réu apresentou a declaração em comento no escritório em que a testemunha atua, com a finalidade de provar que os reclamantes não eram funcionários dele. Como a declaração não estava em papel timbrado, o escritório de advocacia solicitou ao acusado que providenciasse um documento com timbre e, assim, a testemunha foi designada a acompanhar o réu a Limeira para tal fim. Segundo a testemunha, “chegando lá, fomos atendidos pela senhora Tatiana mesmo, que é a proprietária, e pedimos que ela colocasse a declaração num papel timbrado, e ela falou que não ia modificar”. Esclareceu que o contador consultado por Tatiana orientou-a a não modificar a declaração. Reconheceu a declaração de fls. 118 dos autos. Asseverou que não perguntou a Tatiana se o conteúdo do documento era verdadeiro, pois não havia motivo para isso. Pensa que o contador negou a alteração por questão contábil.

Daniele de Oliveira (fl. 254), testemunha de defesa, afirmou na audiência criminal que trabalhava há cerca de um ano em Limeira, na “Bosco Jóias”, e recebeu um pedido do réu para que telefonasse para diversas empresas da cidade, anotadas em uma lista, com a finalidade de confirmar se determinada pessoa, de cujo nome não se recorda, era cliente da pessoa física consultada e, caso fosse, indagar sobre a possibilidade de emissão de uma declaração a respeito. A testemunha se recorda de que a empresa “Luiza” confirmou que a pessoa era cliente e concordou em declarar o fato. Segundo a testemunha, quando o réu dirigiu-se à empresa Luiza, “o computador não estava funcionando; ele voltou para a empresa Bosco e pediu pra eu fazer uma carta. Fui eu realmente que fiz a carta e ele levou pra pessoa assinar e a pessoa assinou”.

Não sabe o nome do cliente que constou da declaração. Disse que a consulta resultou positiva também em outras empresas e, conforme assegurou “teve algumas que até elas mesmas fizeram as cartas”. Indagada sobre se o réu justificou o pedido, disse apenas que, salvo engano, a pessoa “era funcionária (...) parece que era vendedor de Antonio Carlos”.

Tatiana Oliveira Marchetti, proprietária da loja Luiza Indústria e Comércio de Bijuterias Ltda. ME, declarou na fase indiciária (fl. 23):

Foi em 2007, mas não me recordo data. Antônio Carlos compareceu em meu estabelecimento e conversou comigo e com minha funcionária de nome Eliane Cristina Olandin, oportunidade que disse que Valmir Falcone era vendedor externo da loja dele e que se assinássemos uma declaração dizendo que ele efetuava compra em meu estabelecimento, estaríamos ajudando Valmir a conseguir outros clientes, uma vez que ligariam para perguntar se ele realmente comprava produtos de minha empresa. Com essa declaração, segundo Antonio Carlos, estaríamos ajudando Valmir a conseguir grandes empresas para vender seus produtos. A declaração preenchida pelo próprio Antonio Carlos, mencionava que Valmir Falcone comprava em minha empresa há mais de dois anos. Portanto eu assinei uma declaração não verdadeira, visto que somente o fiz porque acreditava estar ajudando uma pessoa, no caso, o vendedor de Antonio Carlos. Informo por fim que também fui enganada por Antonio Carlos, e este a partir daí não mais comprou produtos em minha loja...

Por sua vez, o réu, na fase judicial, nega os fatos a si imputados (fl. 292), afirmando que o documento apresentado ao Juízo do Trabalho não é falso. Assegurou que a proprietária da Luiza Bijuterias, Tatiana, entregou-lhe a declaração espontaneamente e não sabe por que razão ela teria falado que eles não eram clientes, bem como não sabe se foi erro da secretária dela ou se venderam sem nota fiscal e assim não teriam cadastro da Rosimeire. Segundo narrou, Rosimeire da Silva Pereira Falcone e Valmir Falcone, que ajuizaram a reclamação trabalhista, tinham relação com sua empresa, mas eram o que popularmente se denomina “sacoleiros”, pois pegavam mercadorias para vender e no final do mês acertavam só o que tinham vendido. Confirmou que na época dos fatos pediu a uma funcionária da “Bosco Jóias”, em Limeira, onde banha suas mercadorias, que conhece por Dani, que pesquisasse via telefone sobre se Rosimeire era cliente de empresas do ramo de semijóias estabelecidas naquela cidade. Disse ter recebido confirmação de que Rosimeire e Valmir eram clientes de 4 ou 5 empresas e Luiza Bijuterias e Europa Star me forneceram esses documentos declarando a relação de compra e venda. Ainda com referência a Rosimeire e Valmir, que ajuizaram a reclamação trabalhista descrita na denúncia, o réu disse que eles agiram de má-fé e com mentiras, parece que levando para o lado pessoal. Asseverou que Valmir “começou a comprar de mim e depois começou a comprar direto, sustou os cheques que ele me devia e entrou com essa ação” trabalhista. Disse que a Justiça do Trabalho reconheceu que não havia vínculo empregatício.

As assertivas do apelante não foram comprovadas por nenhum elemento probatório. Destoam, ademais, das declarações prestadas pelas testemunhas, restando, assim, inverossímeis.

Logo, está devidamente comprovado nos autos que o apelante fez inserir na declaração de fl. 118, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, declaração falsa, conscientemente, e assim prejudicar direito. Para tal, ditou a sua secretária a seguinte declaração, *verbis*:

Declaramos para os devidos fins que VALMIR FALCONE, CPF nº 042.423.688-52, residente na R; Professor Jorge Borges Corrêa, 611 - Centro na cidade de Araraquara/SP. É nosso cliente a mais de 3 anos comprando bijuterias de nossa fabricação, sem mais.

Ressalte-se, ainda, que o objetivo do apelante era justamente produzir prova perante a Justiça do Trabalho, no bojo da reclamação trabalhista movida contra si, com o intuito de descaracterizar o vínculo trabalhista que o reclamante sustentava existir. Com isso o potencial lesivo e o dolo estão indubitavelmente demonstrados.

O fato de o Juízo Laboral não ter conhecido o documento, já que acostado aos autos em momento processual inapropriado, e não ter reconhecido o vínculo trabalhista por fundamentos diversos, não retira a potencialidade lesiva da conduta praticada pelo apelante, já que o documento que forjara possuía potencialidade de, caso conhecido, vir a lesar o direito do reclamante. Para a caracterização do crime basta o dano potencial, o que restou demonstrado nos autos.

Como cediço, o delito de falsidade ideológica é crime formal, não exigindo a ocorrência do resultado, bastando o potencial lesivo. Consuma-se no momento da conduta.

Posto isso, deve ser mantida a condenação do apelante.

A dosimetria da pena esteve bem mensurada. Na primeira fase, foi estabelecida a pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, por conta da personalidade do agente, que teria, no curso de uma mesma reclamação trabalhista, coagido testemunha e feito uso de documento falso (fl. 322).

A pena tornou-se definitiva, à míngua de outras circunstâncias nas fases subsequentes, sendo estabelecido o regime aberto, 11 (onze) dias-multa no piso legal e substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito e multa, limitação de fim de semana pelo prazo da condenação e 1 (um) salário mínimo a instituição beneficente designada pelo Juízo das Execuções.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0012459-05.2011.4.03.6119
(2011.61.19.012459-2)

Apelante: FÁBIO ROGÉRIO DA CONCEIÇÃO (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 53498
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2014

EMENTA

PENAL. DELITOS DOS ARTIGOS 289, § 1º, 180, DO CÓDIGO PENAL, E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI 10.826/03. PROVA. PENA. REGIME PRISIONAL. MULTA. CUSTAS.

- Caso que é imputação de condutas do réu adquirindo um automóvel e uma motocicleta sabendo serem produtos de crime, e mantendo sob sua guarda cédulas falsas e um revólver municiado.
- Quanto ao delito do artigo 180 do Código Penal tendo como objeto material referido automóvel, materialidade e autoria dolosa comprovadas no conjunto processual. Condenação mantida. Pena-base mantida na quantidade fixada na sentença.
- Ilicitude da prova que se reconhece em diligências de busca e apreensão na residência do réu à falta de autorização judicial. Absolvição decretada quanto aos delitos dos artigos 180 do Código Penal tendo como objeto material indicada motocicleta, 289, § 1º, do Código Penal, e 16 da Lei 10.826/03.
- Fixado o regime semiaberto. Inteligência do artigo 33, § 3º, do Código Penal.
- Alegações da defesa sobre a sanção pecuniária rejeitadas porquanto as condições econômicas do acusado somente devem ser consideradas no momento de fixação do valor unitário do dia-multa, que no caso vertente já foi aplicado pela sentença no mínimo legal. Precedente da Turma.
- Pedido de isenção do pagamento de custas descabido, não havendo prova de concessão da assistência judiciária gratuita ou da ausência de condições econômicas do acusado para arcar com as custas, destarte não se enquadrando a hipótese dos autos no disposto no artigo 4º, inciso II, da Lei 9.289/96.
- Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para absolver o acusado quanto aos delitos dos artigos 16 da Lei 10.826/03, 289, § 1º e 180, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, quanto ao delito de receptação apenas pela conduta tendo como objeto material a motocicleta, e para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena pelo delito

de receitação do automóvel, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Fábio Rogério da Conceição foi denunciado como incurso nos artigos 180, 289, § 1º, ambos do Código Penal, e 16 da Lei 10.826/2003, em concurso material, descritos os fatos nestes termos pela denúncia que como apresentada se transcreve:

FABIO ROGERIO DA CONCEIÇÃO consciente de seus atos e intencionalmente adquiriu um automóvel VW/GOL, placa BHK-6179/Guarulhos, e uma motocicleta Honda / CBX 250 Twister, placas DTJ-3303/Sumaré, com o conhecimento de serem produtos de crime.

Ademais, FABIO ROGERIO mantinha dolosamente sob sua guarda, no interior de sua residência, os seguintes bens:

a) 55 (cinquenta e cinco) cédulas no valor de R\$ 5,00 (cinco reais) todas de série nº B2578077272C, 54 (cinquenta e quatro) cédulas no valor de R\$ 5,00 (cinco) reais todas de série nº B2578077275C, 49 (quarenta e nove) cédulas no valor de R\$ 5,00 reais todas de série número 82578077277C e 50 (cinquenta) cédulas no valor de R\$ 5,00 (cinco) reais todas de série número B257807728C, num total de 208 (duzentos e oito) cédulas falsas;

b) um revólver calibre 32 (trinta e dois), marca Taurus, com numeração suprimida, municiado com 03 (três) cartuchos íntegros e 01 (um) picotado (f. 20 e 30).

HISTÓRICO DOS FATOS RELEVANTES

No dia foi 24 de novembro de 2011, por volta das 18h27min, FABIO ROGERIO DA CONCEIÇÃO foi surpreendido em flagrante pelos policiais civis do Estado de São Paulo, Roberto Paliães Passos e Marcos Alberto Oliveira Cavalcanti, quando estava na posse de um veículo furtado, que o adquiriu dolosamente.

O denunciado foi abordado quando estava na companhia de três indivíduos reunidos em uma praça, localizada entre as ruas Cinquenta e Oito e João Genuíno Sobral, na cidade de Guarulhos,

Neste contexto, constatou-se que próximo ao grupo estava estacionado um veículo VW/GOL, de cor cinza, ostentando as placas BHK-6179/Guarulhos, sendo que o denunciado FABIO ROGERIO DA CONCEIÇÃO assumiu a sua propriedade.

Ao consultar o chassi do automóvel, a saber, 9BWZZZ30ZMT021837, o policial civil Roberto verificou pertencer ao veículo VW/GOL, de cor azul, placas CAO-1788/SP, com queixa de furto, conforme BO nº 3723/2011 do 90DP - Pq. Novo Mundo, datado de 10 de novembro de 2011, pertencente a Evilasio Jorge da Silva (f. 24).

Desta feita, ao ser indagado, o indiciado informou ter comprado o automóvel na “feira do rolo” do bairro Vila Rio de Janeiro, pagando R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Logo em seguida, os policiais civis se dirigiram a residência do denunciado, que autorizou a entrada. No seu interior, descobriu-se que mantinha dolosamente em seu poder 55 (cinquenta e cinco) cédulas no valor de R\$ 5,00 (cinco reais) todas de série nº B2578077272C, 54 (cinquenta e quatro) cédulas no valor de R\$ 5,00 (cinco) reais todas de série nº B2578077275C, 49 (quarenta e nove) cédulas no valor de R\$ 5,00 reais todas de série número B2578077277C e 50 (cinquenta) cédulas no valor de R\$ 5,00 (cinco) reais todas de série número B257807728C, num total de 208 (duzentos e oito) cédulas falsas.

Ademais, ainda no interior da residência, constatou-se que o denunciado também mantinha

dolosamente em seu poder, na cômoda do quarto, um revólver calibre 32 (trinta e dois), marca Taurus, com numeração suprimida, municiado com 03 (três) cartuchos íntegros e 01 (um) picotado (f. 20 e 30). Não apenas isso, na garagem da casa, também foi descoberto outro veículo com indícios de adulteração do motor e do chassi, que o denunciado também adquiriu dolosamente. Trata-se de um motociclo Honda/CBX 250 Twister, placas DTJ-3303/Sumaré, em nome de Alexandre da Silva Soares (f. 25).

Cumpra acrescentar que também foram encontrados no interior da residência documentos em nome de Juvenir Aparecido Pinheiro. Questionado sobre tais documentos, o denunciado afirmou que os encontrou num forro, situado na Av. Jamil Zarif, denominado “Balaio do Gato” (f. 11).

Ao ser interrogado perante a autoridade policial (f. 10-11), o averiguado confirmou os fatos e reiterou a versão apresentada sobre a aquisição do veículo VW/GOL. Acrescentou que o adquiriu há cerca de duas semanas na “feira do rolo”, localizada em frente ao supermercado Sonda, no bairro Vila Rio de Janeiro, na cidade de Guarulhos. Junto com o automóvel, informou que recebeu toda a documentação, o CRL V e o recibo de compra e venda, que a pessoa que o vendeu se chama *Isaias*, de vulgo *Baiano*, que pode ser encontrado na “feira do rolo”. Sobre a arma encontrada em sua residência, o denunciado respondeu pertencer ao seu finado pai e que a manteve em seu poder.

Acerca das cédulas falsas, respondeu que as recebeu de um desconhecido e somente em seguida percebeu ser falso. Que o dinheiro estava em seu poder há três dias.

Posteriormente, diante da suspeita de adulteração do motor e do chassi da motocicleta encontrada na garagem do denunciado, que apresentavam sinais visíveis de adulteração, a polícia civil entrou em contato com o proprietário constante da documentação do veículo, Alexandre da Silva Soares, RG 33.799.419, que informou que a motocicleta foi vendida há muito tempo (f. 59).

Desta feita, Alexandre contou que o comprador não efetuou a transferência da moto e que por isso registrou a comunicação de venda do veículo na Ciretran da Cidade de Sumaré. Acrescentou que recebeu uma notificação da Ciretran da Cidade de Santana do Parnaíba, que o informou que a motocicleta se encontrava apreendida e seria leiloada nos próximos dias. A Polícia Civil de São Paulo entrou em contato com Rose Mota, RG 20.115.930 (f. 59), responsável pelo setor de leilão, que confirmou a realização do leilão, que estava previsto para o dia 09/11/2011, na cidade de Santana do Parnaíba, e informou que a motocicleta realmente se encontrava no rol do leilão 614 que ali ocorreria, no pátio de veículos apreendidos daquela cidade.

Decerto, a informação supra deixou evidente que a motocicleta apreendida com o denunciado teve seu chassi e motor adulterados, sendo a placa um “duble”.

Também foi ouvido o proprietário do veículo VW/GOL apreendido, Evilasio Jorge da Silva, que confirmou ter sido vítima de furto (f. 65).

A *materialidade* do crime restou demonstrada diante do auto de apreensão (f. 18-23). Primeiro, cumpre destacar a divergência encontrada no chassi do automóvel modelo VW/GOL apreendido, gravado com numeração 9BWZZZ3OZMT021837, que apontou estar relacionado a objeto de furto, fato que pode ser confirmado pelo BO 289/2011 (f. 53-54). Em segundo lugar, estão as cédulas apreendidas em poder do denunciado, com número de série idênticas, que não deixam dúvidas acerca da falsidade existente. Em terceiro lugar, está o revólver calibre 32, marca Taurus, municiado com três cartuchos íntegros e um picotado, com numeração suprimida. Sabe-se que o denunciado não tem porte de arma, portanto, trata-se de posse irregular de arma de fogo. Por último, há ainda a moto apreendida na garagem da residência, com fortes sinais de adulteração do motor e do chassi, que revelam que o denunciado adquiriu o veículo tendo a plena consciência de ser fruto de objeto de crime.

Da mesma forma, restou demonstrada a *autoria*. A atuação do denunciado na empreitada criminosa ficou evidente, pois confirmou que a aquisição do veículo foi por um preço vil em um feira denominada “feira do rolo”. Ora, a maneira como o denunciado declarou ter adquirido

o automóvel traduz na certeza de seu comportamento doloso, pois a aquisição de um veículo a preço vil gera, por si só, a certeza de que a mercadoria é fruto de atividade ilícita.

Ademais, quanto as 208 (duzentos e oito) cédulas falsas, o denunciado afirmou que tomou conhecimento da falsidade material existente, todavia, mesmo assim, manteve as cédulas em seu poder, fato que revela o seu dolo em permanecer com a posse do objeto ilícito.

No tocante a arma com numeração suprimida e as munições encontradas no interior de sua residência, o denunciado se restringiu a dizer que pertencia ao seu finado pai. Ainda que fosse verdadeira a versão apresentada, o fato não exclui a tipicidade da conduta do denunciado. Isso porque apesar do pai ter falecido, o denunciado revelou que permaneceu, de forma livre e consciente, com a arma em seu poder.

Por fim, conforme já mencionado, está o fato do denunciado manter dolosamente em seu poder, na garagem de sua residência, uma motocicleta fruto de crime. Fato que ficará comprovado após análise pericial, que confirmará a adulteração do motor e do chassi. Há fortes indícios neste sentido, pois conforme relatório de f. 59, a verdadeira moto com o número de placa DTJ-3303-Sumaré-SP, na realidade, estava localizada no pátio de veículo apreendidos na cidade de Santana de Parnaíba e, portanto, a moto apreendida com o denunciado não passa de um “duble” de placa.

Tais fatos, analisados em seu conjunto, revelam que o denunciado faz do crime um meio de vida.

Neste aspecto, importante ressaltar que FABIO ROGÉRIO DA CONCEIÇÃO não é neófito na vida criminoso, conforme pesquisa superficial de antecedentes criminais (v. f. 35-37) da Vara de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apesar das certidões não registrarem condenação criminal transitada em julgado contra o denunciado, há reiterados registros de passagem pela polícia e processos instaurados por crimes cometidos contra o patrimônio, que revelam que tem conduta social desabonadora e personalidade voltada a prática de delitos desta natureza.

Como a vítima do crime de moeda falsa é a União, a Justiça do Estado de São Paulo declinou a competência para a Justiça Federal de Guarulhos (f. 24 do auto de prisão em flagrante).

Os autos foram recebidos pela 1ª Vara Federal de Guarulhos (f. 39-40 do auto de prisão em flagrante), que homologou a prisão em flagrante e a converteu em preventiva.

A sentença proferida é condenação do acusado como incurso nos artigos 289, § 1º, e 180 do Código Penal, por duas vezes em concurso material, e 16, parágrafo único, inciso I, da Lei 10.826/03, a doze anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado, e cento e vinte e cinco dias-multa, no valor unitário mínimo.

Recorre a defesa alegando direito de recorrer em liberdade, no mérito postulando a absolvição do acusado ao argumento de que a sentença não considerou as provas produzidas pela defesa, subsidiariamente pleiteando a redução da pena-base ao mínimo legal e a fixação do regime aberto para início de cumprimento da pena, também requerendo o afastamento ou a redução da pena de multa com alegações de que o acusado é pessoa humilde e não possui condições financeiras, bem como a isenção do pagamento das custas judiciais.

Com contrarrazões subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

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

Ao início, aprecio o pedido de soltura formulado, que comporta sumária rejeição. Não tendo o acusado obtido a liberdade provisória e mantida a custódia cautelar com o decreto condenatório que concluiu estarem preenchidos os requisitos legais, não há direito de responder ao processo em liberdade a pretexto da interposição de qualquer recurso. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. RÉU PRESO CAUTELARMENTE DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. 2. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. 3. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante a instrução do processo, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da respectiva condenação, mormente quando persistem os motivos ensejadores da custódia cautelar.

3. Ordem denegada.

(STJ, HC 238657, Quinta Turma, Ministro Marco Aurélio Belizze, j. em 12/06/2012, DJe 25/06/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGA S. CONDENACÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ACUSADO REINCIDENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR VALIDAMENTE JUSTIFICADA. TESES DE INOCÊNCIA E DE NULIDADE DO FEITO POR VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. PREJUDICADA A ANÁLISE DO PEDIDO LIMINAR.

2. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal, em razão do entendimento de que “não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar” (STF, HC 89.824/MS, 1ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 28/08/2008).

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

Prejudicada a análise do pedido liminar

(STJ, HC 230803, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 17/04/2012, DJe 27/04/2012).

O caso vertente é de condenação do acusado como incurso nos artigos 180, por duas vezes, 289, § 1º, do Código Penal, e 16 da Lei 10.826/03, por condutas do réu adquirindo um automóvel VW/GOL, placa BHK-6179/Guarulhos, e uma motocicleta Honda/BX 250 Twister, placa DTJ-3303/Sumaré, sabendo serem produtos de crime, e mantendo sob sua guarda no interior de sua residência duzentos e oito cédulas falsas, no valor de cinco reais cada, e um revólver calibre 32, marca Taurus, com numeração suprimida, municiado com três cartuchos íntegros e um picotado.

Compulsados os autos, verifica-se que o acusado foi preso em flagrante em posse do referido automóvel que era furtado, tendo os policiais se dirigido até sua residência e nela ingressado com autorização que o réu teria conferido, sobrevivendo a apreensão de uma motocicleta com chassi e motor adulterados, além das mencionadas cédulas falsas e arma com numeração raspada e municiaada.

Em relação ao *delito do artigo 180 do Código Penal* tendo como objeto material o automóvel VW/GOL, placa BHK6179/Guarulhos, a materialidade restou devidamente comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 22/23, e pelo laudo de fls. 182/183 que apurou que o chassi constante do automóvel corresponde, na verdade, à placa CAO1788, bem como pelo extrato de pesquisa do DETRAN de fl. 42 informando que se trata de veículo furtado.

A autoria é outra verdade devidamente estabelecida nos autos pelas evidências do flagrante, corroboradas pelos depoimentos em juízo das testemunhas Marcos Alberto Oliveira Cavalcanti e Roberto Pallares Passos - policiais participantes da diligência -, declarando que constataram em consulta ao sistema que o veículo que estava com o réu era produto de furto.

Quanto às alegações da defesa técnica de que a sentença apenas valorou a prova produzida pela acusação consistente em depoimentos de policiais que, segundo o arrazoado, teriam sido responsáveis por falso flagrante e que o juiz ignorou as provas produzidas pela defesa, devem ser prontamente afastadas.

Anoto que a mera condição da testemunha como policial participante das diligências não opera qualquer desfalque na credibilidade do depoimento.

E também não haveria que se cogitar de qualquer declaração falsa, afinal que interesse tão forte poderia ter o agente policial para alterar a verdade sobre delito ou qualquer de suas circunstâncias envolvendo alguém que lhe é totalmente estranho?

Outro não tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, destacando-se os seguintes julgados:

Habeas corpus. 2. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. 3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. 4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes. 5. *Habeas Corpus* indeferido. (STF, HC 77565, Segunda Turma, Relator: Ministro Neri da Silveira, DJ 02/02/2001)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA.

.....
2. De se ver, ainda, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos.
.....

5. Ordem denegada.

(STJ, HC 98766, Sexta Turma, Relator: Ministro Og Fernandes, DJe 23/11/2009)

CRIMINAL. HC. CONDENAÇÃO EM PORTE ILEGAL DE ARMAS E USO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MOTIVADA TAMBÉM EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. IMPROPRIEDADE DO *HABEAS CORPUS*. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

II. O depoimento de policiais pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte.

IV. Ordem denegada.

(STJ, HC 40162, Quinta Turma, Relator: Ministro Gilson Dipp, DJ 28/03/2005)

PENAL. MOEDA FALSA. ARTIGO 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. DOLO. DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO IMPROVIDO.

3. Os depoimentos dos agentes policiais que efetuaram o flagrante são válidos e merecem credibilidade, uma vez que não se vislumbra nos autos motivos concretos a justificar incriminação do apelante, por parte dos policiais. A condição de policial não torna as testemunhas impedidas ou suspeitas.

7. Apelação a que se nega provimento.

(TRF3, ACR 1001039-56.1997.4.03.6125, Primeira Turma, Relatora: Desembargadora Federal Vesna Kolmar, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/10/2011)

Anoto ainda que os depoimentos são uníssomos quanto a estar o réu em poder de veículo que se constatou ser furtado e quanto à posse do automóvel sequer foi negada pelo réu em juízo, tampouco sendo o caso de sentença que ignora provas da defesa que, aliás, inexistem nos autos, ao fim e ao cabo tratando-se de meras e vazias alegações da defesa.

Em seu interrogatório judicial, o acusado alegou que não sabia se tratar de produto de crime, vez que o veículo estava licenciado e com documentação regular, também aduzindo que o adquiriu de pessoa de alcunha “Mané” por R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) e que não possuía o documento de transferência.

A versão apresentada desvela-se inverossímil e é amplamente infirmada pelos elementos do conjunto probatório. Compulsados os autos, verifica-se que o acusado sequer possuía a documentação do veículo apreendido e conforme se constata nas fotografias de fls. 46/47 o referido automóvel estava com a placa BHK6179, tendo o laudo pericial constatado que o chassi constante do automóvel corresponde, na verdade, à placa CAO1788, a qual consta do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo posteriormente apresentado pelo proprietário do carro e acostado à fl. 58. Vale dizer, o caso é de negociação realizada sem apresentação da documentação exigida pela legislação e apreensão do veículo com placa pertencente a outro, desacreditando cabalmente a hipótese de prática do fato sem ânimo doloso.

Quanto às alegações da defesa de que restou comprovado ser o acusado primário e possuir residência fixa, assevero que são impertinentes e se revelam como uma inútil tentativa de afastar as provas produzidas que são robustas e não deixam a mais ligeira dúvida da autoria dolosa.

Em relação ao *delito do artigo 180 do Código Penal* tendo como objeto material a moto-

cicleta Honda/BX 250 Twister, placa DTJ-3303/Sumaré, e aos *delitos do artigo 289, § 1º, do Código Penal, e 16 da Lei 10.826/03*, observo que se referem a bens apreendidos na residência do acusado após ter sido preso em flagrante com o referido automóvel furtado.

A meu juízo pode-se estabelecer como presunção *hominis* que não seria vontade de ninguém que se encontra preso, sofre abordagem ou de qualquer forma se encontra sob o poder de agentes da polícia, que ingressem e deem buscas em sua residência e qualquer gesto ou palavras da pessoa ainda que com sua assinatura não terá o caráter de efetiva volição porque não pode em tal situação sentir-se inteiramente livre para não acatar o que verdadeiramente leva a uma manifestação extorquida; a cena é de alguém que só na aparência exercita sua vontade, na verdade ausente, e que é, não importa se tacitamente, compelida a dar o “sim”, que então se distorce apresentando-o como se contrária não fosse a vontade da pessoa.

Neste quadro, qualquer suposto consentimento o que expressa é precisamente a capitulação diante dos homens da polícia, sendo claro e óbvio que não há nisso espontaneidade e sequer voluntariedade.

Em suma, pressuposto que se tratando de uma garantia individual e que a ressalva da hipótese de consentimento do morador não pode ser tratada como mera formalidade, de nenhum valor no caso a suposta autorização do réu.

Ressalvo que não consta tivessem os policiais obtido junto ao réu qualquer informação representativa da ocorrência de flagrante delito na casa e o que se impunha no caso era a condução do réu para a delegacia com possibilidade de representação visando a autorização judicial, todavia atuando irregularmente os policiais e assim prejudicando a prova que sem a mácula da ilicitude poderia ter sido obtida se não se adiantassem os policiais e no lugar das autoridades competentes não se pusessem sob o inidôneo pretexto de consentimento do morador.

Assim, não há prova apta a alicerçar a manutenção do decreto condenatório quanto aos referidos delitos.

Concluo, destarte, pela condenação do acusado por crime único do artigo 180 do Código Penal.

Passo, então, ao exame da dosimetria das penas.

Em relação ao delito do artigo 180 do Código Penal tendo como objeto material o automóvel furtado, a pena-base foi fixada em dois anos de reclusão e vinte dias-multa, nesta quantidade ficando definidas as penas.

Na primeira fase, as circunstâncias judiciais foram nestes termos avaliadas na sentença:

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* do réu se insere no grau médio. O réu não possui *antecedentes*, pois apesar de ter sido processado anteriormente, não possui condenação com trânsito em julgado. As *consequências* foram normais. As *circunstâncias* pesam em desfavor do réu, pois, além de estar na posse de veículo furtado, havia adulteração da numeração do chassi, motor e placas, com o claro intuito de dificultar a fiscalização e a vinculação ao crime precedente. A *personalidade* do réu é voltada para a prática de delitos, pois confessou em audiência envolvimento com duas ocorrências anteriores, ambas envolvendo furto de aparelho de som de veículos. O *motivo* do crime era, ainda que indiretamente, a obtenção de proveito econômico, que é elementar dos crimes contra o patrimônio e não pode ser considerado em desfavor do réu. Não há elementos que permitam aferir a *conduta social* do réu.

Em relação à personalidade, observo que a referida circunstância judicial foi referida na sentença sob a perspectiva dos antecedentes, todavia, não havendo nos autos registro de

condenação com trânsito em julgado, não se possibilita avaliação desfavorável em vista do disposto na súmula 444 do E. STJ, segundo a qual “é vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACRESCIDA. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA Nº 444/STJ. REGIME PRISIONAL ABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Há constrangimento ilegal a ser sanado se a pena-base do paciente foi fixada acima do mínimo legal com base em condenação não transitada em julgado. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte. Em consequência, cabível a fixação do regime aberto, tendo em vista o quantum da pena e a ausência de motivos a autorizar o regime mais gravoso.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa.

(STJ, HC 217310, Sexta Turma, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/03/2013, grifo nosso).

Já as circunstâncias do crime justificam a avaliação desfavorável feita na sentença ao aduzir sobre as adulterações constatadas, a revelarem maior gravidade do delito.

Trata-se de circunstância que compõe um quadro em considerável medida desfavorável e que, por si só, diante de sua gravidade, autoriza a graduação da pena na quantidade aplicada na sentença (dobro do mínimo legal).

Ressalvo que havendo recurso exclusivo da defesa o que não se possibilita ao Tribunal é a elevação da pena, por aplicação da vedação da *reformatio in pejus*, pressuposto que motivação não gera preclusão não havendo impossibilidade de manutenção da pena na quantidade fixada na sentença apenas com diferente valoração.

Com efeito, se o excogitado princípio tem por escopo impedir a ocorrência de prejuízo ao acusado na hipótese de recurso exclusivo da defesa, e se no âmbito do julgamento de um recurso manter a decisão que é objeto de impugnação não significa reformá-la - seja para melhor seja para pior - mas preservar o resultado nela previsto, que seria o mesmo alcançado pelo réu caso não houvesse recorrido, não há como se cogitar de gravame algum ao acusado na hipótese de o Tribunal alcançar a mesma conclusão da sentença, o que é corroborado pelo disposto no artigo 617 do Código de Processo Penal que veda o agravamento da pena em caso de recurso exclusivo do acusado, mas nenhum obstáculo impondo à manutenção da pena por motivo diverso, para melhor compreensão transcrevendo-se:

O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Já por estas razões nenhuma dúvida restaria quanto à inexistência de afronta ao referido princípio mas ainda há se considerar, alicerçando o entendimento ora sustentando, que o efeito devolutivo dos recursos possui dupla dimensão, a horizontal delimitando a matéria devolvida ao Tribunal e a vertical permitindo ao colegiado considerá-la em sua profundidade, vale dizer, todos os aspectos que em torno dela gravitam.

A título ilustrativo, interessante observar que não se vê na doutrina ou na jurisprudência objeção à possibilidade de manutenção de um veredicto condenatório em segunda instância ainda que por ordem de fundamentação diversa da sentença e, a meu juízo, não haveria lógica em adotar outro raciocínio quanto às penas aplicadas.

Assevero, ainda, que entendimento em sentido contrário - de configuração de “*reformatio in pejus*” no caso vertente - levaria à conclusão de que o Ministério Público Federal teria que recorrer, ainda que acolhida sua pretensão, caso discordasse dos fundamentos adotados na decisão, o que, porém, seria impor ao *parquet* uma tarefa fadada ao insucesso, vez que, sendo orientação consolidada que apenas o dispositivo da decisão transita em julgado, fatalmente seu recurso sequer seria conhecido por falta de interesse de agir.

Com a devida vênia entendo que a tese contrária assenta em considerações de tipo genérico que, como tal, levam a solução fundada só em pequena parte da verdade - que estará no fato de em recurso exclusivo da defesa estar sendo reconhecida como desfavorável circunstância que não fora ou a maior gravidade de qualquer uma - extraviando-se do todo, onde esta parcela da verdade à outra decretando a impossibilidade de agravamento da pena do réu se reúne. É disposição literal de lei preceituando que o que é vedado é “ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

A noção da *reformatio in pejus*, enfim, resulta modificada, já não descreve uma situação onde em recurso exclusivo da defesa a reação penal em qualquer aspecto é agravada mas com independência desse efeito qualquer hipótese em que qualquer elemento que como tal não fora passa a ser considerado em desfavor do réu, reduzindo-se o conceito ao que dele é apenas uma parte.

Concluo, enfim, não haver nenhum óbice no ordenamento jurídico à manutenção das penas aplicadas na sentença, em caso de recurso exclusivo da defesa, com outra ordem de fundamentação.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal de interesse na questão:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. *REFORMATIO IN PEJUS*. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*. 2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida. 3. Inexistência de *reformatio in pejus*. 4. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 5. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 6. Ordem denegada.

(STF, HC 106113, Primeira Turma, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, j. em 18.10.2011, grifo nosso)

I. *Habeas corpus* e recurso especial. Não impede o conhecimento pelo STF de *habeas corpus* contra decisão de segundo grau, que o STJ não haja conhecido de recurso especial interposto do mesmo acórdão, se diversos os fundamentos suscitados em cada uma das duas vias simultâneas de impugnação do julgado. II. Apelação criminal: individualização da pena: devolução ampla. A apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante. Insurgindo-se a apelação do réu contra a individualização da pena, não está, pois, o Tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, e pode, para manter a mesma pena, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo. (STF, HC 76156, Primeira Turma, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, j. em 31.03.1998, grifo nosso)

Também de utilidade os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXISTÊNCIA DE TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DE 5/12. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO TRAZIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA MANTER O AUMENTO FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. USO DE ARMA DE FOGO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

4. O princípio da *ne reformatio in pejus* não vincula o juízo *ad quem* aos fundamentos adotados pelo juízo *a quo*, somente representando obstáculo ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal. Precedentes.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

(STJ, HC 284640, Quinta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJe 28/03/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 2. MANDAMUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. NOVA FUNDAMENTAÇÃO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. 4. REGIME PRISIONAL MENOS RIGOROSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. 5. AGRAVO IMPROVIDO.

3. O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal, quando instado a se manifestar sobre algum critério da dosimetria, analisar as circunstâncias judiciais e rever todos os termos da individualização da pena definidos na sentença condenatória, com nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito, mesmo em recurso unicamente da defesa, sem que incorra necessariamente em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do apenado.

.....
 (STJ, AgRg no HC 251057, Quinta Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze, DJe 15/02/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, C.C ART. 4º, I, DA LEI 11.343/2006. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO EM PATAMAR ADEQUADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. COLABORAÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉ QUE PERMANECEU CUSTODIADA AO LONGO DO PROCESSO EM DECORRÊNCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL. REGIME DE PENA. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO.

.....
 II - “O princípio da *ne reformatio in pejus* não vincula o Tribunal aos critérios e fundamentos adotados pelo Juízo monocrático, mas apenas o impede de agravar a situação do réu” (HC 88.952, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 10/12/2007).

III - Na espécie, o fato do e. Tribunal *a quo* ter se valido de fundamentos diversos para manter a r. sentença condenatória quanto à fração de 1/6 (um sexto), relativa à minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, não implica ofensa ao princípio da *ne reformatio in pejus*, porquanto não houve agravamento na situação do réu.

(STJ, HC 133127, Quinta Turma, Relator: Ministro Felix Fischer, DJe 13/10/2009)

Assim, ficam as penas mantidas em dois anos de reclusão e vinte dias-multa.

Quanto aos questionamentos da defesa em relação à sanção pecuniária, alegando que o acusado não possui “condições financeiras para arcar com o pagamento”, assevero que as condições econômicas do acusado somente devem ser consideradas pelo magistrado no momento de fixação do valor unitário do dia-multa, que no caso vertente já foi aplicado pela sentença no mínimo legal, ao fim e ao cabo nada respaldando a pretensão da defesa que fica rejeitada.

Destaco o seguinte precedente da Turma de utilidade na questão:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 4º, INCISO I, DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CRIME CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. REDUÇÃO DE OFÍCIO. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE MAJORAÇÃO DA PENA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MINORANTE ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS DE APLICABILIDADE PREENCHIDOS. PENA DE MULTA. APELOS MINISTERIAL E DA DEFESA DESPROVIDOS. PENA REDUZIDA DE OFÍCIO.

9. As condições econômicas do acusado não influem na fixação do número de dias-multa, que deve se pautar pelo procedimento de individualização previsto no Código Penal. A análise financeira deve ser feita apenas por conta do estabelecimento do valor unitário da pena pecuniária, que, no caso, já foi fixado no mínimo. Portanto, em nada aproveita ao acusado o argumento de que não dispõe de condições financeiras para liquidar a pena de multa. 10. Apelo da defesa não conhecido quanto ao pleito de aplicação da causa de diminuição do § 4º

do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e, na parte conhecida, desprovido. Apelo ministerial desprovido. Pena-base reduzida de ofício.

(TRF3, ACR 00049084220094036119, SEGUNDA TURMA, Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/09/2010)

Observo ainda que inexistem nos autos qualquer elemento comprobatório acerca da situação econômica do apelante que aponte a impossibilidade de cumprimento integral da sanção pecuniária aplicada e também sendo esta uma questão a depender da execução da pena com eventual comprovação de real impossibilidade e cabíveis postulações perante o juízo das execuções com possibilidade de recurso ao Tribunal.

Não se tratando de réu reincidente e não sendo a pena privativa de liberdade superior a quatro anos, caberia, em tese, o regime inicial aberto, mas não é esse o único critério previsto no Código Penal e, no caso, havendo circunstância judicial em considerável medida desfavorável, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do CP, *verbis*:

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Anoto, por oportuno, não haver incompatibilidade do regime semiaberto com a custódia cautelar que fora mantida na sentença. Destaco os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça de utilidade na questão:

.....
 ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE PARTE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. AMEAÇAS AO CORRÊU DURANTE O PERÍODO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA. REGIME SEMIABERTO. VIABILIDADE DA VEDAÇÃO IMPOSTA. COMPATIBILIZAÇÃO DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA COM O REGIME FIXADO. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

3. não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. (STJ, HC 268816, Quinta Turma, Relator: Ministro Jorge Mussi, DJe 17/10/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA. QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA E REGIME SEMIABERTO, CUJO CUMPRIMENTO DEVE SER EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. PRECEDENTES.

3. Esta Corte Superior orienta que há compatibilidade entre a prisão cautelar e o regime inicial semiaberto, fixado na sentença condenatória recorrível, pois plenamente válidos e harmônicos, devendo, contudo, cumprir a respectiva medida em estabelecimento prisional compatível com o regime inicial definido.

4. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (STJ, HC 265053, Quinta Turma, Relator: Ministro Moura Ribeiro, DJe 30/09/2013)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DO ART. 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

2. A negativa do direito de recorrer em liberdade não é incompatível, em si, com a fixação do regime inicial semiaberto, sobretudo quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

(STJ, HC 228010, Quinta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJe 28/05/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. POSIÇÃO DE DESTAQUE NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FINANCIADOR. PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDO PREJUDICADO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido se foi negado ao paciente o direito de recorrer em liberdade em razão de persistirem os motivos que levaram à decretação da prisão preventiva. Esta, por sua vez, foi adequadamente fundamentada na necessidade de resguardar a ordem pública, notadamente pela suposta posição de destaque do paciente na organização criminosa, apontado como financiador do negócio envolvendo tráfico de entorpecentes.

2. Fica prejudicado o pedido de progressão de regime prisional se o paciente já progrediu para o regime semiaberto.

3. *Habeas corpus* julgado parcialmente prejudicado e, no mais, denegado.

(STJ, HC 88240, Sexta Turma, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21/09/2009)

Outro não tem sido o entendimento desta Corte:

HABEAS CORPUS. ROUBO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. ORDEM DENEGADA.

2. Não há qualquer incompatibilidade entre a fixação do regime semiaberto e a negativa do direito de recorrer em liberdade, uma vez que a custódia provisória do paciente encontra fundamento nas hipóteses do artigo 312 do CPP. Nesse sentido recente julgado desta Primeira Turma, de relatoria do Des. Fed. Johansom Di Salvo (HC nº 2011.03.00.003375-0, julgado 12.04.2011, por unanimidade).

3. Ordem denegada.

(TRF3, HC 0034344-02.2011.4.03.0000, Primeira Turma, Relatora: Desembargadora Federal Vesna Kolmar, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/01/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE. *FUMUS COMISSI DELICTI. PERICULUM LIBERTATIS*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

2. Inexiste incompatibilidade entre o regime inicial de cumprimento da pena com a decretação de prisão preventiva, desde que presentes os requisitos descritos no artigo 312, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

.....
8. Ordem denegada.

(HC 0007718-72.2013.4.03.0000, Quinta Turma, Relator: Desembargador Federal Antônio Cedenho, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/05/2013)

Em vista da existência de circunstância judicial desfavorável que se revela de considerável gravidade, descabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos porquanto não preenchido o requisito do artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Sobre a pretensão de isenção do pagamento de custas processuais assevero que a condenação é imperativo legal que se comporta derrogações no caso é nos termos do artigo 4º, inciso II, da Lei 9.289/86, que isenta do pagamento “os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária gratuita”.

Compulsando os autos, verifico que não há prova de concessão da assistência judiciária gratuita ou da ausência de condições econômicas do acusado para arcar com as custas, pelo que fica rejeitado o pedido.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para absolver o acusado quanto aos delitos dos artigos 16 da Lei 10.826/03, 289, § 1º e 180, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, quanto ao delito de receptação apenas pela conduta tendo como objeto material a motocicleta, e para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena pelo delito de receptação do automóvel, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

0013338-12.2011.4.03.6119

(2011.61.19.013338-6)

Embargante: ARIEL VALBUENA DIAZ

Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA

Corréus: ANA KAREN ROMAN MERCADO, DAVID LEOPOLDO RODRIGUEZ E ETTEBINI BECHIR

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator Originário: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: EIfNu 52976

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2014

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS - CONSIDERAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E DA ESPECIFICIDADE DO ENTORPECENTE NA DETERMINAÇÃO DO PATAMAR DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUANTO AO PATAMAR DE DIMINUIÇÃO - MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO FIXADO PELO VOTO VENCEDOR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A divergência restringe-se ao patamar da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixado na terceira fase da dosimetria da pena em 1/6, e ao regime inicial de cumprimento da pena, estabelecido no fechado.

2. Entendimento pessoal do Relator no sentido de que a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas pelo Juiz na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, ou seja, na determinação da pena-base e do *quantum* da diminuição da pena, em razão da aplicação da causa de diminuição do § 3º do art. 33 da Lei de Drogas, sem que tal proceder constitua indevido *bis in idem*.

3. Ressalva de que a questão encontrou solução diversa pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, inclusive em regime de repercussão geral: STF, ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014.

4. De acordo com o posicionamento do STF, uma vez que se considerou a natureza e a quantidade da droga para fixação da pena-base, inviável o seu cômputo na fixação do patamar da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

5. Nos estritos limites da divergência, afigura-se razoável a fixação do *quantum* da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico ocasional no patamar de 5/12 - média entre os patamares mínimo e máximo, tal como consta do voto vencido, e não no patamar de 1/6, entendimento esposado no voto condutor.

6. Distinção entre a *natureza* de cada substância e a *especificidade* contida intrinse-

camente também nas várias substâncias existentes.

7. Da *natureza* da droga extrai-se sua identidade objetiva, isto é, o estado constitutivo de sua matéria elementar, no caso o entorpecente: maconha, cocaína, LSD, haxixe etc. Da *especificidade* conhece-se as variações das qualidades intrínsecas de cada droga: no caso, sua qualidade como substância pura, misturada, com pouco ou aperfeiçoado refinamento, mais tóxica ou menos tóxica etc.

8. De acordo com a Lei, quando examinamos exclusivamente as identidades das drogas e suas *quantidades*, cada uma destas realidades propiciam uma dosimetria a ser feita pelo julgador conforme o art. 42. Por exemplo, os efeitos danosos que pode acarretar a droga *cocaína* por um juízo e a droga *cannabis sativa*, por outro, fixando-se, assim, determinada pena base (art. 42). Daí porque este dispositivo da Lei de Tóxico, compele, à vista das distinções das referidas naturezas, tão somente, um aumento da pena base a ser aplicada.

9. De outro vértice, e ultrapassada a fixação do art. 42, quando a consideração se relativiza ao parágrafo 4º do art. 33 da mesma Lei, ao se aplicar os redutores deste parágrafo, o julgador opera a fixação da pena entre os parâmetros dos indicativos de 1/6 a 2/3. Nesta dosimetria última, porém, não há um guia legal recostando-se apenas nos elementos disponíveis nos autos.

10. Com efeito, no que diz respeito à quantidade de substância entorpecente, esta é, conforme observado, uma constatação objetiva, um elementar juízo de grandeza; de ser pequena, média ou grande quantidade da droga. Esta apreensão se exaure na ideia insétil que serve aos requisitos exclusivos da fase da aplicação da pena base (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

11. Nestes fundamentos estruturantes, a rigor, quando o julgador na terceira fase utiliza a *especificidade* da natureza da droga apreendida (já considerada a sua identidade no artigo 42), ou seja, analisa a cocaína (v.g.) com *específico* valor agregado, evidentemente, ainda que este réu não integre a organização criminosa a diminuição da pena deverá ser em patamar menor. Tal fundamentação não desafia o julgado do STF no ARE 666334, posto que disto não tratou.

12. Nos presentes embargos infringentes, aplica-se a recente jurisprudência do Supremo (*bis in idem*) apenas em relação ao item *quantidade* da droga.

13. Quanto ao início da pena, mantem-se o regime fechado porque a pena a ser aplicada ao tráfico deve servir como uma punição adequada e efetiva ao crime praticado.

14. Embargos infringentes parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento parcial aos embargos infringentes e de nulidade para acolher o percentual da causa de diminuição de pena de 5/12, fixando o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, nos termos do voto médio do Desembargador Federal Luiz Stefanini. Votaram acolhendo o percentual da causa de diminuição de pena o Juiz Federal Convocado Marcio Mesquita (Relator), os Desembargadores Federais Luiz Stefanini (com redução de fundamento) e Marcelo Saraiva (com redução de fundamento). Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, os Desembargadores Federais Peixoto Junior, Luiz Stefanini, Antonio Cedenho e Marcelo Saraiva votaram pela fixação do regime inicial fechado. O Juiz Federal Convocado (Relator) Marcio

Mesquita e o Desembargador Federal Cotrim Guimarães votaram pela fixação de regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Federal Cecília Marcondes (presidente da Seção), por encontrar-se em gozo de férias.

São Paulo, 02 de outubro de 2014.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos por ARIEL VALBUENA DIAZ, contra o acórdão da C. Quinta Turma deste Tribunal que, por maioria, negou provimento à apelação da Defesa, nos termos do voto do E. Desembargador Federal Luiz Stefanini, acompanhado pelo E. Desembargador Federal Antonio Cedenho; e nos termos do voto médio do E. Desembargador Federal Luiz Stefanini, deu parcial provimento ao recurso da Acusação para aumentar a pena para 05 anos e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, bem como para afastar a substituição da pena pro restritivas de direitos, sendo que o E. Desembargador Federal Antonio Cedenho dava parcial provimento ao recurso da Acusação, não aplicando a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, tornando a pena definitiva em 06 anos e 27 dias de reclusão, e 606 dias-multa, no regime inicial fechado, bem como para afastar a substituição da pena por restritivas de direitos; e a E. Relatora Juíza Federal Convocada Louise Filgueiras dava parcial provimento ao recurso da Defesa, para tornar a pena definitiva em 03 anos, 06 meses e 15 dias de reclusão, e 353 dias-multa, no valor unitário mínimo, rejeitava a preliminar argüida pela Acusação e dava parcial provimento ao seu recurso para negar ao réu o direito à conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, fixando o regime inicial semiaberto, assim assim ementado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. *BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA. REGIME INICIAL. CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRIATIVA DE DIREITO. AFASTAMENTO

1. Materialidade e autoria do delito de tráfico transnacional de drogas comprovadas.

2. No caso dos autos, tanto o laudo preliminar quanto o definitivo constataram que a substância, impregnada nos tecidos ocultados dentro do forro da jaqueta encontrada, era cocaína. O requinte para ocultação do entorpecente inviabilizou a depuração, pelos peritos, de todo material que embebia os tecidos apreendidos. Era ônus da defesa questionar e solicitar o aprofundamento do laudo, com o intuito de se apurar com exatidão o quantum de droga que o acusado transportava, o que o beneficiaria, em especial, por ocasião da dosimetria da pena que lhe fosse imposta. É, pois, de rigor a manutenção da sentença condenatória, em observância ao art. 565 do Código de Processo Penal.

3. Para que se reconheça o estado de necessidade exculpante ou justificante, é obrigatória a comprovação do preenchimento dos requisitos do art. 24 do Código Penal para o reconhecimento dessa excludente de ilicitude ou de culpabilidade, sendo ônus da defesa fazê-lo, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal (ACr nº 2007.61.19.007015-4, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 11.01.10; ACr nº 2007.61.19.009691-0, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 05.04.10 e ACr nº 2008.60.05.002173-2, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 27.04.10).

4. Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga

apreendida na posse do acusado são circunstâncias preponderantes na graduação da pena-base, sendo preciso aquilatar o maior desvalor da conduta em função da quantidade e qualidade do entorpecente, nesta fase, pois diz com as consequências potenciais do crime, com os motivos, pois demonstra maior ganância do agente que visa ao lucro com sua conduta, circunstâncias essas próprias da graduação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do citado art. 42 da Lei nº 11.343/06.

5. Como não se apurou o peso líquido da droga apreendida, como acima já se aludiu, na há que se falar em graduação da pena-base quanto à quantidade, considerando-se tão somente a massa bruta apreendida.

6. A qualidade da droga é de ser levada em consideração. A cocaína é altamente lesiva ao cérebro, pode causar morte e induz facilmente à dependência. Aplico o percentual de 1/4 (um quarto) por se tratar de tráfico de cocaína.

7. Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC nº 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC nº 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC nº 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC nº 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC nº 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC nº 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10).

8. A jurisprudência considera não haver *bis in idem* entre o *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e o inciso I do art. 40 da mesma Lei na hipótese de o agente “exportar” entorpecente, pois se trata de delito de ação múltipla (TRF da 3ª Região, ACR nº 00090947420104036119, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 12.06.12; ACR nº 00113940920104036119, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 15.05.12; ACR nº 00054696620094036119, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaféria, j. 20.03.12).

9. Ao tratar da causa de diminuição do § 4º do art. 33, o legislador não se utilizou da mesma técnica e estabeleceu tão somente a possibilidade de graduação entre o mínimo de 1/6 (um sexto) e o máximo de 2/3 (dois terços) de diminuição. Fixou requisitos cumulativos que, se preenchidos, dão direito à diminuição, naqueles termos. O acusado é primário e de bons antecedentes.

10. No presente caso, não há qualquer prova de envolvimento do acusado com organização criminosa. Não é dado presumir-se em desfavor do direito de liberdade, destarte, entendo deva ficar provado, ainda que por um conjunto indiciário, que o réu pertencia, integrava um grupo voltado para a prática de crimes, com um mínimo de estabilidade, para negar-se a diminuição, o que implica dizer que o julgador deve poder concluir da prova dos autos que houve ação prévia junto ao grupo, não sendo possível presumi-lo do fato isolado do transporte aqui julgado, ainda que isso viesse a trazer um benefício a suposto grupo organizado.

11. Aplico referida minorante no patamar mínimo legal de 1/6 (um sexto), tendo em vista a grande quantidade de droga encontrada na posse do apelante - 5.024g (cinco mil e vinte e quatro gramas) de cocaína, massa bruta, cuja natureza e quantidade teria o condão de causar consequências gravíssimas a relevante número de pessoas, devendo, assim, a pena ser aplicada com a devida proporcionalidade ao resguardo do bem jurídico tutelado pela norma penal.

12. Com relação ao regime inicial, pelas mesmas razões supra destacadas, deve ser fixado o inicial fechado, único compatível com a prática de crimes extremamente gravosos à sociedade, tal como o verificado no caso presente, tratando-se de apreensão de grande quantidade de cocaína, droga com potencial de causar consequências gravíssimas à saúde e à vida de número indeterminado de pessoas, sendo, pois, desfavoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, c.c o art. 33, § 3º, ambos do Código Penal.

13. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da vedação à conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos contida no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei nº 11.343/06 (STF, Pleno, HC nº 97256, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01.09.10), de modo que, nos delitos de tráfico transnacional de entorpecentes cumpre resolver sobre a

substituição à luz do disposto no art. 44 do Código Penal.

14. Não prospera o pleito da defesa para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à míngua do preenchimento dos requisitos legais (CP, art. 44, § 4º), na medida em que não é adequado e suficiente para o réu, pelo seu comportamento. Desde dezembro de 2012, não vem cumprido com as medidas acautelatórias a ele determinadas em sentença, como se vê de fls. 791/792, 800/805, 828/836 e 878/952: Carta Precatória Criminal expedida pela 5ª Vara Federal de Guarulhos, para intimação de Ariel referente ao cumprimento das medidas cautelares impostas na sentença, com certidão negativa de intimação datada de 08.03.13. Intimado seu defensor a fornecer o endereço atualizado, informou, em petição de 03.04.13, a impossibilidade de fazê-lo sob o argumento de que o réu tem morado de favor em casas de amigos e necessitado de auxílio financeiro de familiares. Em nova petição, de 17.04.13, o defensor de Ariel informa o seu atual endereço. Em 28.06.13, nova certidão negativa de intimação, com a notícia de que se mudara do local sem deixar endereço conhecido.

15. O regime aberto, segundo o art. 36 do Código Penal, baseia-se na “autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” qualidades que o acusado tem demonstrado não possuir, conforme o exposto. Além disso, pesa contra ele circunstância judicial objetiva desfavorável, que enseja o aumento da pena-base, a qualidade da droga, o que, somado às suas circunstâncias subjetivas desautorizam o regime mais brando, nos termos dos artigos 36, *caput*, e 33, § 3º, ambos do Código Penal.

16. Em relação à substituição da pena por restritivas de direitos, as mesmas circunstâncias a impedem, agora com fulcro no art. 44, III, do Código Penal.

17. Recurso da defesa desprovido.

18. Rejeitada a preliminar arguida pela acusação e dado parcial provimento ao seu recurso.

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, aplicou o causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/2006 no patamar de 5/12, bem como estabeleceu o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Sustenta o embargante que o patamar da causa de diminuição de pena fixado pela ilustre Relatora encontra amparo nas provas produzidas nos autos. Quanto ao regime prisional, aduz que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, permitindo, por conseguinte, a fixação do regime semiaberto.

Os embargos foram admitidos pela decisão de fls. 998.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Osvaldo Capelari Júnior, opinou pelo desprovimento dos embargos infringentes (fls. 1001/1025).

É o relatório.

Ao MM. Revisor.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

A divergência restringe-se ao patamar da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/2006, fixado na terceira fase da dosimetria da pena em 1/6 (um sexto), e ao regime inicial de cumprimento da pena, estabelecido no fechado, como se verifica do voto médio condutor do E. Desembargador Federal Luiz Stefanini (fls. 984/985):

Acompanho integralmente o voto da eminente Relatora, dela divergindo tão somente quanto ao regime prisional inicial e ao patamar da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do

artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, fixada por Sua Excelência em 5/12 (cinco doze avos).

Por primeiro, quanto à aplicação da minorante supracitada, aplico-a no patamar mínimo legal de 1/6 (um sexto), tendo em vista a grande quantidade de droga encontrada na posse do apelante - 5.024g (cinco mil e vinte e quatro gramas) de cocaína, massa bruta, cuja natureza e quantidade teria o condão de causar consequências gravíssimas a relevante número de pessoas, devendo, assim, a pena ser aplicada com a devida proporcionalidade ao resguardo do bem jurídico tutelado pela norma penal.

(...)

Assim, considerando as penas alcançadas na terceira fase - seis anos e vinte e sete dias de reclusão e 606 dias-multa -, diminuo-as em 1/6, resultando nas penas definitivas de cinco anos e vinte e dois dias de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa.

Com relação ao regime inicial, pelas mesmas razões supra destacadas, deve ser fixado o inicial fechado, único compatível com a prática de crimes extremamente graves à sociedade, tal como o verificado no caso presente, tratando-se de apreensão de grande quantidade de cocaína, droga com potencial de causar consequências gravíssimas à saúde e à vida de número indeterminado de pessoas, sendo, pois, desfavoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, c.c o art. 33, § 3º, ambos do Código Penal.

(...)

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a quatro anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade e a natureza da droga teriam o condão de causar consequências gravíssimas a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Por sua vez, o voto da E. Juíza Federal Convocada Louise Filgueiras, aplicava a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, no patamar de 5/12 (cinco doze avos), fixando a pena definitiva em 03 anos, 06 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 353 dias-multa, pelo seguintes fundamentos:

... Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga apreendida na posse do acusado são circunstâncias preponderantes na graduação da pena-base, sendo preciso aquilatar o maior desvalor da conduta em função da quantidade e qualidade do entorpecente, nesta fase, pois diz com as consequências potenciais do crime, com os motivos, pois demonstra maior ganância do agente que visa ao lucro com sua conduta, circunstâncias essas próprias da graduação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do citado art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Contudo, como não se apurou o peso líquido da droga apreendida, como acima já se aludiu, na há que se falar em graduação da pena-base quanto à quantidade, considerando-se tão somente a massa bruta apreendida.

Por outro lado, a qualidade da droga é de ser levada em consideração. A cocaína é altamente lesiva ao cérebro, pode causar morte e induz facilmente à dependência. Aplico o percentual de 1/4 (um quarto) por se tratar de tráfico de cocaína.

De acordo com esse entendimento, o transporte de cocaína enseja maior aumento da pena-base em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, perfazendo 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

O MM. Magistrado *a quo* fundamentou a condenação na confissão do acusado Ariel. Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC nº 154544,

Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC nº 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC nº 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC nº 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC nº 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC nº 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10).

Mantida a aplicação da atenuante da confissão, reduzo, pois, a pena em 1/6 (um sexto), resultando 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa.

Aplico a causa de aumento do art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, em 1/6 (um sexto), perfazendo 6 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, e 606 (seiscentos e seis) dias-multa.

Ao tratar da causa de diminuição do § 4º do art. 33, o legislador não se utilizou da mesma técnica e estabeleceu tão somente a possibilidade de graduação entre o mínimo de 1/6 (um sexto) e o máximo de 2/3 (dois terços) de diminuição, *verbis*:

(...) Fixou requisitos cumulativos que, se preenchidos, dão direito à diminuição, naqueles termos. O acusado é primário e de bons antecedentes.

No presente caso, não há qualquer prova de envolvimento do acusado com organização criminosa. Não é dado presumir-se em desfavor do direito de liberdade, destarte, entendo deva ficar provado, ainda que por um conjunto indiciário, que o réu pertencia, integrava um grupo voltado para a prática de crimes, com um mínimo de estabilidade, para negar-se a diminuição, o que implica dizer que o julgador deve poder concluir da prova dos autos que houve ação prévia junto ao grupo, não sendo possível presumi-lo do fato isolado do transporte aqui julgado, ainda que isso viesse a trazer um benefício a suposto grupo organizado.

Devida a diminuição, passo ao problema de sua graduação.

Segundo o critério trifásico de aplicação da pena, encampado pelo Código Penal Brasileiro em seu art. 68, *verbis*:

(...)

A quantidade da droga, por sua vez, é critério aferível no momento de se avaliar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, dizendo a lei textualmente que:

(...)

Refere-se, portanto, claramente às circunstâncias do art. 59, indicando ao intérprete, quais as de maior dentre aquelas ali previstas, portanto, nos termos do art. 68 do Código Penal - dentre aquelas aplicáveis na dosagem da pena base.

O art. 59 do Código Penal diz, por sua vez que:

(...)

Portanto, o legislador ao inserir o art. 42 na Lei nº 11.343/06, nada mais fez que ressaltar que a quantidade da droga deveria ser levada em consideração na graduação da pena base, ressaltar, por que a título de consequência do crime e de motivos - considerando que quanto mais droga, maior o lucro visado - tais circunstâncias já constavam do rol do art. 59, e mesmo antes da lei poderiam, e deveriam ser avaliadas nesta fase.

Preocupou-se, quiçá, em evitar o costume de fixação de pena mínima mesmo diante da maior reprovabilidade da conduta e nesse passo, vê-se que também a quantidade se relaciona com a culpabilidade, circunstância judicial, a ser avaliada na primeira fase da dosimetria, na forma do art. 68 do Código Penal.

Portanto, dosar a diminuição entre mínimo e máximo levando em consideração quaisquer das circunstâncias judiciais seria evidente *bis in idem*. Diminuir menos é agravar, tanto assim é que é preciso fundamentar, motivar explicar porque não se defere a diminuição máxima prevista na lei. Se o agente não tiver nada de negativo que possa ser considerado nessa fase, faria jus à máxima diminuição.

Vale aqui me socorrer dos ensinamentos dos renomados professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio de Magalhães Gomes Filho em sua notória obra "As Nulidades do Processo Penal", Malheiros 2ª ed., pg 163/164:

(...)

Note-se que os autores afirmam a impossibilidade de avaliação dupla de circunstância própria de fases distintas, tanto para agravar como para atenuar a pena, e logo de início, nos alertam de que o princípio da individualização da pena decorre do princípio da isonomia.

Portanto, não é demasiado concluir que a preservação do critério trifásico e a vedação ao *bis in idem* pretende garantir que indivíduos em situação semelhante não venham a ser tratados diferentemente, ou que indivíduos em situação desigual sejam tratados da mesma forma, em função da apreciação subjetiva de circunstâncias por parte do judiciário. O subjetivismo decorrente disso é também evitado por meio do princípio da reserva legal.

Sobre a vedação ao *bis in idem* na aplicação da pena, colaciono alguma jurisprudência:

(...)

O princípio *do ne bis in idem* decorre também, logicamente do princípio da reserva legal, pois realiza a sua aplicação nas diversas fases da dosimetria da pena, exigindo do julgador que puna mais, ou puna menos, pela circunstância fática prevista previamente em lei, de acordo com a sanção previamente estatuída para aquele fato, o que não ocorrerá se for aplicada a sanção duplamente, pelo mesmo fato.

Sobre o princípio da reserva legal, vale uma incursão nas palavras sempre atuais de Aníbal Bruno:

(...)

Nesse sentido ainda, a doutrina de Assis Toledo:

(...)

Trouxe essa doutrina para demonstrar que o § 4º do art. 33 da Lei de drogas traz possibilidade de agravamento incerto, a critério do julgador, e só por isso incide em violação ao princípio da reserva legal, pois não traça nenhum critério para a graduação da benesse.

Ainda que se pudesse criar meios de graduação, violando-se o princípio da lei estrita, ao dosá-la utilizando-se das circunstâncias do crime, motivos, quantidade e qualidade da droga, conduta social, internacionalidade, ou outras, já previstas em lei, a decisão incidirá em *bis in idem* vedado.

Não é possível negar a diminuição da lei a quem faz jus, mas também não é possível aplicar o parágrafo como está sem incidir em *bis in idem*, conluo.

Nesse sentido, ao tratar da dupla consideração do critério quantidade e qualidade, já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal, pela existência de *bis in idem*, confira-se:

(...)

Porém, em que pese a Suprema Corte ter declarado que “O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no ‘quantum’ reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto” (HC 99.440/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe-090 de 16.05.2011), resta saber que critério seria esse, que já não tenha sido avaliado, ou que já não devesse ter sido avaliado nas operações anteriores e possa, portanto, ser utilizado pelo juiz nesta fase.

Ora nesse cenário, desde que devida a redução, só será cabível no patamar máximo de 2/3 (dois terços), pois a única consentânea com o princípio da reserva legal e presunção de inocência, que indicam que na dúvida, no impasse, a solução deve ser em favor do direito de liberdade. Esse foi o meu posicionamento por algum tempo.

Porém, tive que revê-lo, pois é inegável que essa solução também deixa a desejar.

Ocorre que na prática, a solução acaba por provocar um excesso em favor do réu que aniquila o intuito punitivo da norma, e torna a pena aplicável, incompatível com a gravidade da conduta que é tida por hedionda pela Constituição Federal, o que torna a essa solução também contrária ao Direito.

O afastamento da graduação com aplicação em 2/3 (dois terços) da diminuição faz resultar evidentemente desproporcional a pena, e obriga o juiz a praticar excesso em favor do réu, ao solapar, por exemplo, uma grave pena de 6 (seis) anos de reclusão a apenas 2 (dois), muitas vezes, pena inferior à que resulta de muitos crimes de gravidade infinitamente menor que o tráfico.

O legislador quis privilegiar a primariedade, em senso lato, sem dúvida. Porém, não a ponto de tornar impune aquele que pratica a conduta pela primeira vez, sem vínculo com grupo criminoso organizado.

Reconheço que desconsiderar a gravidade da conduta já fixada com a pena-base e nas fases seguintes da dosimetria em nome da primariedade solapando a punição pela redução de 2/3 (dois terços) é de fato praticar o excesso, em favor do réu, o que a lei não poderia fazer, nem pretendeu fazer, pois fixou um redutor variável.

Portanto, a interpretação conforme a Constituição, ao princípio da isonomia que norteia o sistema e aos demais princípios de direito penal, como a individualização da pena e reserva legal deve afastar também o excesso em favor do réu, privilegiando o princípio da proporcionalidade razoável na aplicação da pena, que decorre da equidade e proibição do excesso, que norteia o legislador e o juiz, seja em favor da sociedade, seja em favor do réu.

Note-se que aqui não se trata de criar reprimenda onde não existe lei para punir, com base no excesso em favor do direito de liberdade, não se trata de legislar, criar preceito, mas adequar uma reprimenda existente a limites proporcionais.

No sentido da proibição do excesso no exercício do poder legislativo, já discorremos ao tratar do art. 273 do Código Penal, porém neste caso, apontamos excesso em desfavor do direito de liberdade:

(...)

Vê-se do exposto, que nada impede que a doutrina acima se aplique também em favor da sociedade, quando se afirma que as punições devem ser proporcionais e razoáveis.

Na verdade, o Estado é titular do direito de punir, limitado pela lei, porém esse direito se traduz também num dever, o dever de punir as condutas contrárias a ordem vigente. Não se olvida que o Estado Brasileiro se propôs a punir efetivamente o tráfico de drogas, já que consta da lei maior que “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

Portanto, é dever do legislador punir adequadamente o tráfico.

Nesse sentido, Manuel Pedro Pimentel, *verbis*:

Reconheço, por essas razões, que é preciso realizar o intento da norma, que é efetivamente punir o delinquentes, o que não ocorrerá se a pena fracassar em quaisquer de suas funções, repressivas, intimidatórias ou de reinserção social e prevenção, pois a pena deve funcionar como instrumento de prevenção geral e especial, e assim a resposta penal precisa ser adequada ao delito praticado.

Desbordaria os limites da discricionariedade do legislador abrandar de tal maneira o tratamento de um delito hediondo, assim considerado pela Constituição de modo que a pena reste inócua para os fins a que se destina, assim como não poderá agravar de forma evidentemente excessiva a reprimenda de delito de gravidade notadamente inferior.

Portanto, após muito desassossego com esse assunto, pois a solução que encontrei para não incidir em *bis in idem*, aplicar o redutor sempre em 2/3 (dois terços) nunca me pareceu plenamente satisfatória - ainda que a aplicasse por tratar-se da solução em prol do direito de liberdade, com base na presunção de inocência - reconheço que é preciso coibir excessos também em favor desse direito, sob pena de sacrificar-se a ordem constitucional vigente e os objetivos de pacificação social do Direito.

Na verdade, a falta de técnica do legislador, ao prever diminuição em patamar elástico e sem critérios para o seu estabelecimento, não deve levar o julgador a resultado evidentemente desproporcional em face da conduta já dosada nas fases anteriores e do sistema repressivo como um todo.

Portanto, uma interpretação conforme a Constituição Federal desse inquietante § 4º da Lei nº 11.343/06 DEVE AFASTAR A IMPOSSÍVEL GRADUAÇÃO, EVITANDO-SE O *BIS IN IDEM*, E POR ISSO ESTIPULAR O REDUTOR EM PATAMAR FIXO, SEMPRE QUE PRESENTES OS

REQUISITOS CUMULATIVOS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, sob pena de negar-se vigência ao dispositivo, que não é de ser declarado inconstitucional por esse defeito, mas interpretado conforme os princípios constitucionais.

O patamar, pelo exposto, não deve ser o máximo. Entendo que, para atender, dentro da medida do possível a mens legis, procurando situar o julgamento mais proximamente à vontade do legislador (punir o tráfico adequadamente), sem incidir em *bis in idem*, nem em excesso permissivo, passo a fixar a diminuição, quando devida, sempre no patamar fixo correspondente à MÉDIA do intervalo pela lei estabelecido que vem a ser “5/12” (cinco doze avos) (fração média entre 1/6 e 2/3 fixada pelo legislador).

Concluo que, aplicada a diminuição em 5/12 (cinco doze avos), as restam definitivamente fixadas em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e o pagamento de 353 (trezentos e cinquenta e três) dias-multa.

Observo que, em meu entendimento pessoal, o réu sequer faria jus à causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, posto que confessou que transportava a droga, a serviço de organização criminosa, mediante pagamento. Contudo, no julgamento da apelação, essa tese foi esposada no voto vencido do E. Desembargador Federal Antonio Cedenho.

Em sede de embargos infringentes, o recurso é limitado à divergência, e apenas naquilo que for desfavorável ao réu. E, no julgamento da apelação, houve maioria quanto à aplicação da referida causa de diminuição, sendo o dissenso, como assinalado, entre o voto médio vencedor do E. Desembargador Federal Luiz Stefanini e o voto vencido da E. Juíza Federal Convocada Louise Filgueiras, limitado ao seu respectivo patamar.

Isto posto, observo que cabe inicialmente perquirir se o critério utilizado no voto vencedor para determinação do *quantum* da referida causa de diminuição de pena - a natureza e quantidade da droga - que também foi utilizado para fixação da pena-base, constitui ou não ilegalidade, por consubstanciar indevido *bis in idem*.

Vinha sustentando o entendimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Seção deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, inclusive de minha relatoria, no sentido de que a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas pelo Juiz na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, ou seja, na determinação da pena-base e do *quantum* da diminuição da pena, em razão da aplicação da causa de diminuição do § 3º do artigo 33 da Lei de Drogas, sem que tal proceder constitua indevido *bis in idem*: STF, 1ª Turma, HC 106377/MG, Rel. Min. Rosa Weber, j. 21/08/2012, DJe 06/09/2012; STF, 2ª Turma, HC 110487/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 14/02/2012, DJe 13/03/2012; STF, 2ª Turma, HC 106611/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/02/2011, DJe 02/03/2011; STJ, 5ª Turma, HC 174335, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 08/05/2012, DJe 21/05/2012; STJ, 6ª Turma, HC 228592, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/04/2012, DJe 07/05/2012; TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, EIFNU 0010555-81.2010.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 17/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/10/2013.

Contudo, não me é dado desconhecer que a questão encontrou solução diversa pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, inclusive em regime de repercussão geral:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao *bis in idem*. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.

(STF, ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

Assim, com a ressalva de meu entendimento pessoal, e de acordo com o posicionamento do STF, uma vez que se considerou a natureza e a quantidade da droga para fixação da pena-base, inviável o seu cômputo na fixação do patamar da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, sob pena de se incorrer em *bis in idem*, entendo deva prevalecer o voto vencido da e. Juíza Federal Convocada Louise Filgueiras.

Com efeito, não houve divergência no acórdão embargado quanto ao fato de que a natureza da droga apreendida - 5.024 g de cocaína - justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa.

Assim, nos estritos limites da divergência, afigura-se razoável a fixação do *quantum* da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico ocasional no patamar de 5/12 - média entre os patamar mínimo e máximo, tal como consta do voto vencido, e não no patamar de 1/6, entendimento esposado no voto condutor, considerada novamente a natureza e quantidade da droga.

Por conseguinte, quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, tendo em vista que a pena definitiva foi fixada em 03 anos 06 meses e 15 dias de reclusão, bem como que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, justifica-se a fixação do regime semiaberto, tal como estabelecido no voto vencido, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Pelo exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MARCIO MESQUITA - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator para o Acórdão):

As disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343, de 23.08.2006, ao serem aplicadas na fixação da pena base, então considerando a natureza e a quantidade da droga, e, em um passo a frente, na terceira fase, ao serem aplicadas às reduções do parágrafo 4º, do artigo 33 da mesma Lei - com vista à observação da ARE 666334, de 14.03.2014 - tenho que é imperativo a apartação de ideias que se encontram em comistão.

Penso que, a rigor, deve-se distinguir a *natureza* de cada substância e a *especificidade* contida intrinsecamente também nas várias substâncias existentes. Da *natureza* da droga extrai-se sua identidade objetiva, isto é, o estado constitutivo de sua matéria elementar, no caso o entorpecente: maconha, cocaína, LSD, haxixe etc. Da *especificidade* conhece-se as variações das qualidades intrínsecas de cada droga: no caso, sua qualidade como substância pura, misturada, com pouco ou aperfeiçoado refinamento, mais tóxica ou menos tóxica etc. De acordo com a Lei, quando examinamos exclusivamente as identidades das drogas e suas *quantidades*, cada uma destas realidades propiciam uma dosimetria a ser feita pelo julgador conforme o art. 42. Por exemplo, os efeitos danosos que pode acarretar a droga *cocaína* por um juízo e a droga *cannabis sativa*, por outro, fixando-se, assim, determinada *pena base* (artigo 42). Daí porque este dispositivo da Lei de Tóxico, compele, à vista das distinções das referidas naturezas, tão somente, a meu ver, um aumento da *pena base* a ser aplicada.

De outro vértice, e ultrapassada a fixação do artigo 42, quando a consideração se relati-

viza ao parágrafo 4º, do artigo 33 da mesma Lei, ao se aplicar os redutores deste parágrafo, o julgador opera a fixação da pena entre os parâmetros dos indicativos de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Nesta dosimetria última, porém, não há um guia legal recostando-se apenas nos elementos disponíveis nos autos.

Com efeito, no que diz respeito à quantidade de substância entorpecente, esta é, conforme observado, uma constatação objetiva, um elementar juízo de grandeza; de ser pequena, média ou grande quantidade da droga. Esta apreensão se exaure na ideia insétil que serve aos requisitos exclusivos da fase da aplicação da pena base (artigo 42 da Lei nº 11.343/2006).

Nestes fundamentos estruturantes estou convencido de que, a rigor, quando o julgador na terceira fase utiliza a *especificidade* da natureza da droga apreendida (já considerada a sua identidade no artigo 42), ou seja, analisa a cocaína (v.g.) com *específico* valor agregado, evidentemente, ainda que este réu não integre a organização criminosa a diminuição da pena deverá ser em patamar menor. Tal fundamentação, estou certo, não desafia o julgado do Supremo Tribunal Federal no ARE 666334, de 14 de Março de 2014, posto que disto não tratou.

No caso em tela foi aplicado o percentual mínimo de 1/6 em razão de não existir informações que pudessem beneficiar o embargante à vista de uma qualidade ou não da cocaína.

Nos presentes embargos infringentes, aplica-se a recente jurisprudência do Supremo (*bis in idem*) apenas em relação ao item *quantidade* da droga.

Assim, acompanho o E. Reator nesta parte com redução de fundamentos pela fundamentação retro. Quanto ao início da pena, mantenho o regime fechado porque a pena a ser aplicada ao tráfico deve servir como uma punição adequada e efetiva ao crime praticado.

É certo, todavia, no que diz respeito à impunidade, que para o homem sem honra, degradado em seus valores individuais, a punição pelo cárcere não representa com certeza uma punição, mas um mero azar no curso da sua vida criminosa.

Na parte divergente, mantenho o meu voto pelo regime inicial fechado.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator para o Acórdão

APELAÇÃO CRIMINAL
0002343-21.2012.4.03.6113
(2012.61.13.002343-0)

Apelante: DEIVID WILLIANS MIRANDA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 56331
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2014

EMENTA

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CP. DOLO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO.

1. Materialidade e autoria delitivas, referentes à cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais) falsa apreendida, comprovadas por laudo pericial, testemunhos e interrogatório do réu.
2. Insuficiência de provas sobre o dolo que exige a absolvição do réu. A guarda de uma única cédula falsa entre muitas outras verdadeiras é fato indicativo de que o acusado pode ter recebido a cédula de boa-fé e a versão apresentada em interrogatório não revela informações que permitam a dedução de que realmente soubesse de sua inidoneidade no momento em que a recebeu.
3. Recurso provido, para absolver o réu com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento* ao recurso, para absolver *Deivid Willians Miranda* com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

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

Descrição fática: consta da denúncia (recebida em 17 de agosto de 2012, fls. 57/58) que, no dia 16 de março de 2011, *Deivid Willians Miranda* tinha sob sua guarda moeda falsa, com conhecimento da falsidade.

Narra a peça acusatória que, na data dos fatos, policiais militares, em cumprimento de mandado de busca domiciliar expedido pela 2ª Vara Federal de Franca/SP, objetivando a apreensão

de drogas, encontraram, na residência do acusado, uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais), a qual constatou-se ser falsa.

Imputação: art. 289, § 1º, do Código Penal.

Sentença (fls. 205/210): o MM. Juiz da 2ª Vara Federal de Franca/SP, em sentença publicada em 28 de junho de 2013 (fls. 211), *julgou procedente a denúncia para, condenar Deivid Willians Miranda à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 56 (cinquenta e seis) dias-multa, fixados no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado pelos índices de correção monetária estabelecidos no Provimento COGE nº 64, pela incursão no art. 289, § 1º, do Código Penal.*

Apelação interposta por Deivid Willians Miranda (fls. 225/227): alega a defesa:

- a) a inexistência de provas de que o acusado soubesse da falsidade da cédula;
- b) que o fato de o recorrente possuir antecedentes e condenações por outros delitos não pode ser utilizado para embasar um decreto condenatório.

Requer a absolvição do réu, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e, subsidiariamente, a redução da pena para o mínimo legal, inclusive a pena de multa, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, em especial prestação de serviços à comunidade.

Contrarrazões de apelação apresentadas às fls. 232/238.

Parecer da Procuradoria Regional da República (Dr. Osvaldo Capelari Junior, fls. 240/250): opina pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

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

O recurso deve ser provido.

Primeiramente, constata-se a materialidade delitiva pela cédula apreendida, acostada à fl. 21 dos autos (número de série B88170567640A) e pelo Laudo Pericial de fls. 18/20, o qual atesta a falsidade da nota e sua capacidade de iludir a pessoa de discernimento comum.

A autoria é incontestada, visto que a cédula em questão foi encontrada na residência do acusado *Deivid Willians Miranda*, por ocasião de diligência investigativa realizada pela Polícia Civil, acerca de tráfico de drogas.

Não há provas suficientes, contudo, quanto ao dolo do réu em cometer o crime denunciado.

A única cédula falsa em questão foi encontrada pela polícia em meio a um maço de cédulas verdadeiras, que somavam R\$ 543,00 (quinhentos e quarenta e três reais), em um armário na casa do acusado.

O acusado afirmou em seu interrogatório judicial que recebeu a cédula por ter prestado o serviço de intermediador em uma venda e compra de automóvel em um “feirão”. Relatou ter percebido posteriormente a falsidade da cédula, que estava mais “gasta” e que a guardou com as demais cédulas verdadeiras.

De fato, a guarda de uma única cédula falsa entre tantas outras verdadeiras é fato indicativo de que o acusado pode ter recebido a cédula de boa-fé. A versão apresentada pelo réu, retrate ou não a verdadeira origem da nota, não revela informações que permitam a dedução de que realmente soubesse de sua inidoneidade no momento em que a recebeu.

Por sua vez, os policiais civis responsáveis pela apreensão do dinheiro afirmaram que não havia ninguém na residência em que foi realizada a diligência e, portanto, inexistem provas sobre a reação do acusado naquele momento.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação da defesa, para absolver *Deivid Willians Miranda*, com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0000296-34.2014.4.03.6136

(2014.61.36.000296-1)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorridos: ALMIR PEDRO DA SILVA E OUTROS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: RSE 7069

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2014

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 272, § 1º-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. FALTA DE JUSTA CAUSA. PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS DE AUTORIA. RECEBIMENTO. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. APLICABILIDADE.

1. Há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

2. Conforme se constata do ofício e do respectivo laudo, há início suficiente de prova quanto à nocividade dos produtos apreendidos, na medida em que submetidos a exame pericial, conclusivo de que estavam fora dos padrões oficiais. As bebidas encontravam-se, portanto, adulteradas.

3. O delito do art. 272 § 1º-A e § 1º do Código Penal é formal e de perigo abstrato, vale dizer, basta a prova da adulteração do alimento ou da bebida, independente da efetiva possibilidade de atingir a saúde de alguém. Por essa razão, a destruição da mercadoria não implica a falta de justa causa para a rejeição da denúncia.

4. A denúncia descreve de forma clara e suficiente a conduta delituosa, apontando as circunstâncias necessárias à configuração do delito, a materialidade delitiva e os indícios de autoria, viabilizando ao acusado o exercício da ampla defesa, propiciando-lhe o conhecimento da acusação que sobre ele recai, bem como, qual a medida de sua participação na prática criminosa, atendendo ao disposto no art. 41, do Código de Processo Penal (STF, HC nº 90.479, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.08.07; STF, HC nº 89.433, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 26.09.06 e STJ, 5ª Turma - HC nº 55.770, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17.11.05).

5. O juiz, ao apreciar a denúncia, deve analisar o seu aspecto formal e a presença das condições genéricas da ação (condições da ação) e as condições específicas (condições de procedibilidade) porventura cabíveis (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo penal, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 530). Em casos duvidosos, a regra geral é de que se instaure a ação penal para, de um lado, não cercear a acusação no exercício de sua função e, de outro, ensejar ao acusado a oportunidade de se defender, mediante a aplicação do princípio *in dubio pro societate* (TRF da 3ª Região, 5ª Turma, RcCr nº 2002.61.81.003874-0-SP, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 20.10.03, DJ 18.11.03, p. 374).

6. Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela (STF, Súmula nº 709).

7. Recurso em sentido estrito parcialmente provido e denúncia integralmente recebida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso em sentido estrito para receber integralmente a denúncia e determinar o prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de novembro de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão de fls. 73/74 que recebeu em parte a denúncia contra Almir Pedro da Silva, Jefferson Paulatti e Almir Pedro da Silva Júnior e a rejeitou com relação ao delito do art. 272, § 1º-A e § 1º, por três vezes, c. c. o art. 71, todos do Código Penal, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, em razão da falta de justa causa.

Alega-se, em síntese, o quanto segue:

a) há elementos suficientes nos autos a embasar a propositura da ação penal, sendo necessário, outrossim, o deferimento dos requerimentos formulados quando do oferecimento da denúncia;

b) o fato de haver certificado oficial de análise (fls. 96/97), que comprove a adulteração das bebidas alcóolicas, é suficiente para afirmar sua nocividade à saúde, a qual, aliás, é intrínseca;

c) a nocividade exigida pelo Código Penal se refere, tão somente, à possibilidade de prejudicar a saúde humana;

d) basta que haja divergência com relação ao padrão na composição química e na concentração dos componentes da bebida para a configuração do tipo penal cuja acusação não foi recebida;

e) as partes têm direito à produção de provas, sendo garantido à acusação, em igualdade de condições, os requerimentos que entender necessários (fls. 2/12).

Contrarrazões às fls. 36/39, 43/52 e 58/61.

A decisão foi mantida à fl. 62

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento parcial do recurso (fls. 80/81).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Denúncia. Consta que nos dias 03.04.09, 13.05.09 e 23.06.09, Almir Pedro da Silva,

Jefferson Paulatti e Almir Pedro da Silva Júnior, com unidade de desígnios, no exercício de atividade comercial valendo-se da pessoa jurídica Almir Pedro da Silva & Cia Ltda. (nome fantasia Atacado Monges), após importarem e manterem em depósito, venderam bebidas com teor alcoólico falsificado e adulterado (93 garrafas supostamente da marca Johnnie Walker Red Label e 44 garrafas supostamente da marca Johnnie Walker Black Label) ao Supermercado Tauste Ltda., em Bauru (SP), afetando diretamente a saúde pública.

Com a mesma conduta, nas mesmas datas e com os mesmos produtos, os denunciados, após importarem e manterem em depósito, venderam e forneceram, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, produtos em que foram aplicados selos destinados a controle tributário que sabiam ser falsificados.

Audidores Fiscais da Receita Federal, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal 0810.300.2009-00880-0, compareceram no Supermercado Tauste Ltda. com o intuito de averiguar a legitimidade dos selos de controle do Imposto sobre Produto Industrializados - IPI, ocasião em que foram apreendidos 137 (cento e trinta e sete) litros de whisky das marcas Johnnie Walker Red Label e Johnnie Walker Black Label com os respectivos selos de controle de legitimidade falsificados (conforme laudo pericial de fls. 17/18).

Verificou-se que as mercadorias que continham os selos de controle tributário falsificados foram vendidas ao Supermercado Tauste Ltda. nas datas de 03.04.09, 13.05.09 e 23.06.09 pela empresa Atacado Monges, cujos sócios constantes da Ficha Cadastral emitida pela JUCESP são Almir Pedro da Silva e Jefferson Paulatti.

O documento enviado pelo Supermercado Tauste (fl. 56) noticiou que o “contato” na empresa para venda era o filho do primeiro denunciado, qual seja, Almir Pedro da Silva Junior.

Afirmou a acusação que Almir Pedro da Silva realizou a constituição fraudulenta da empresa ATACADO MONGES, com a finalidade exclusiva de realizar a venda de produtos contrabandeados e falsificados, contando com a participação decisiva de Jefferson Paulatti para a abertura da empresa e de seu filho Almir Pedro da Silva Júnior para a operacionalização das vendas.

A materialidade delitiva restou provada pela Representação Fiscal para Fins Penais, (fls. 1/5 do apenso I), pelo laudo pericial nº 01/2009 (fls. 17/18 do apenso I) e pelo Certificado de Análise de Orientação nº 2/2012/0070 (fls. 96/97).

Em razão desses fatos, os acusados foram denunciados pelos crimes dos arts. 272, § 1º-A, c. c. o § 1º, por três vezes, c. c. o art. 71, todos do Código Penal, bem como pelo delito do art. 293, § 1º, III, “a”, também por três vezes, todos do Código Penal (fls. 69/72).

Para maior clareza, transcrevo a denúncia:

Consta dos autos que Almir Pedro da Silva, Jefferson Paulatti e Almir Pedro da Silva Júnior, com unidade de desígnios e após prévio ajuste, no exercício de atividade comercial valendo-se da pessoa jurídica Almir Pedro da Silva & Cia Ltda. (nome fantasia Atacado Monges), nas datas de 03.04.2009, 13.05.2009 e 23.06.2009, desde a sede da referida empresa na cidade de Catanduva/SP e tendo como destinatário o Supermercado Tauste Ltda., situado na cidade de Bauru/SP, após importarem e manterem em depósito, venderam bebidas com teor alcoólico que sabiam ser produto falsificado e adulterado, quais sejam, um total de 93 garrafas supostamente da marca Johnnie Walker Red Label e 44 garrafas supostamente da marca Johnnie Walker Black Label, afetando diretamente a saúde pública.

Além disso, com a mesma conduta, nas mesmas datas e através das mesmas garrafas de bebidas descritas acima, os denunciados, após importarem e manterem em depósito, venderam e forneceram, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, produtos em que

foram aplicados selos destinados a controle tributário que sabiam ser falsificados.

No dia 06 de agosto de 2009, Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal 0810.300.2009-00880-0, compareceram no Supermercado Tauste Ltda a fim de averiguar a legitimidade de selos de controle do Imposto sobre Produtos Industrializados, ocasião em que foram apreendidos 137 litros de whisky das marcas Johnnie Walker Red Label e Johnnie Walker Black Label com os respectivos selos de controle de legitimidade falsificados (conforme laudo pericial de fls. 17/18 do apenso I). Verificou-se que as mercadorias que continham os selos de controle tributário (IPI) falsificados foram vendidas ao Supermercado Tauste Ltda. nas datas de 03.04.2009, 13.05.2009 e 23.06.2009 pela empresa ATACADO MONGES (Almir Pedro da Silva & Cia Ltda), cujos sócios constantes da Ficha Cadastral emitida pela JUCESP são *Almir Pedro da Silva e Jefferson Paulatti* (fls. 117/118).

Além disso, o documento enviado pelo Supermercado Tauste Ltda e juntado à fl. 56 noticiou que o “contato” na empresa para venda era o filho do primeiro denunciado, qual seja, *Almir Pedro da Silva Júnior*.

Cumpra ressaltar, que a empresa Almir Pedro da Silva & Cia Ltda. teve sua inscrição estadual declarada nula desde o início de suas atividades, ou seja, desde 08/04/2008, por inexistência de estabelecimentos para o qual foi efetuada a inscrição (fls. 137 e 142/152).

Consta ainda dos autos reportagem acerca da prisão, em 2008, de uma quadrilha de contrabandistas que traziam mercadorias do Paraguai, por meio de um avião e realizava pousos em uma pista clandestina na cidade de Tabapuã, sendo que o denunciado *Almir Pedro da Silva* foi preso em flagrante por envolvimento no referido crime (fls. 61/62).

Anote-se, ademais, haver ação penal em curso na Subseção Judiciária de Marília/SP que tem por objeto conduta idêntica à presente, com a diferença de que se tratou de supermercado-vítima diferente.

Da análise dos autos é possível afirmar que *Almir Pedro da Silva* realizou a constituição fraudulenta da empresa ATACADO MONGES, com a finalidade exclusiva de realizar a venda de produtos contrabandeados e falsificados, para o que contou com a participação decisiva de Jefferson Paulatti para a abertura de empresa e de seu filho *Almir Pedro da Silva Júnior* para a operacionalização das vendas.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pela Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 01/05 do apenso I), pelo laudo pericial nº 01/2009 (fls. 17/18 do apenso I) e pelo Certificado de Análise de Orientação nº 2/2012/0070 (fls. 96/97).

Sentença. O Juízo *a quo* rejeitou a denúncia por falta de justa causa para o exercício da ação penal com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, no que se refere à imputação relacionada ao delito do art. 272, § 1º-A e § 1º do Código Penal, por três vezes, em continuidade delitiva, dada a ausência de prova inicial a respeito da nocividade do uísque falsificado ou adulterado. Salientou que as garrafas foram destruídas durante a fiscalização, antes de serem periciadas, o que obsta conclusão segura quanto a essa elementar do delito.

Foram indeferidos, também, requerimentos do Ministério Público Federal para a realização de provas, ao entendimento de que poderiam ter sido produzidas na fase do inquérito policial sem intervenção judicial (fl. 73v.) Confira-se:

Outrossim, indefiro o requerido, à folha 158, itens 1, 2, e 4, pelo MPF, já que as medidas ali relacionadas, além de poderem ter sido realizadas durante a fase do inquérito, não dependem, seguramente, da intervenção judicial para a sua consecução. Indefiro, também o pretendido, no item 5, à folha 159, já que o acesso aos dados cadastrais dos terminais telefônicos indicados à folha 56, também não depende de autorização judicial.

O Ministério Público Federal recorre da decisão e argumenta, em síntese, que a existência de laudo que comprove a alteração dos padrões normais do produto constitui meio suficiente para evidenciar sua nocividade à saúde pública, exigida pelo tipo penal. Sustenta, ainda, que deve ser garantido o direito à produção de provas em juízo, em igualdade de condições (fls. 02/12).

Assiste razão em parte ao Órgão Ministerial.

Há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

Conforme se constata do Ofício nº 280/2012 e do respectivo laudo (fls. 64/68), há início suficiente de prova quanto à nocividade dos produtos apreendidos, na medida em que submetidos a exame pericial, conclusivo de que estavam fora dos padrões oficiais. As bebidas encontravam-se, portanto, adulteradas.

Consta, outrossim, do ofício a informação da Autoridade Policial, que após a realização do exame pericial, realizou-se a destruição da mercadoria, não havendo à época ordem judicial que determinasse o armazenamento do produto.

Cabe salientar que o delito do art. 272 § 1º-A e § 1º do Código Penal é formal e de perigo abstrato, vale dizer, basta a prova da adulteração do alimento ou da bebida, independente da efetiva possibilidade de ofender a saúde de alguém. Por essa razão, a destruição da mercadoria não implica a falta de justa causa para a rejeição da denúncia.

Ademais, o juiz, ao apreciar a denúncia, deve analisar o seu aspecto formal e a presença das condições genéricas da ação (condições da ação) e as condições específicas (condições de procedibilidade) porventura cabíveis. Em casos duvidosos, a regra geral é de que se instaure a ação penal para, de um lado, não cercear a acusação no exercício de sua função e, de outro, ensejar ao acusado a oportunidade de se defender, mediante a aplicação do princípio *in dubio pro societate*.

No caso, considerando os fatos mencionados, verifica-se que há justa causa para embasar a ação penal.

A denúncia descreve de forma clara e suficiente a conduta delituosa, apontando as circunstâncias necessárias à configuração do delito, a materialidade delitiva e os indícios de autoria, viabilizando aos acusados o exercício da ampla defesa, propiciando-lhe o conhecimento da acusação que sobre ele recai, bem como, qual a medida de sua participação na prática criminosa, atendendo ao disposto no art. 41, do Código de Processo Penal.

Assim, presentes os requisitos legais para o recebimento da denúncia, não sendo caso de absolvição sumária, é caso de prover o recurso e receber a denúncia, com fundamento na Súmula nº 709 do Supremo Tribunal Federal.

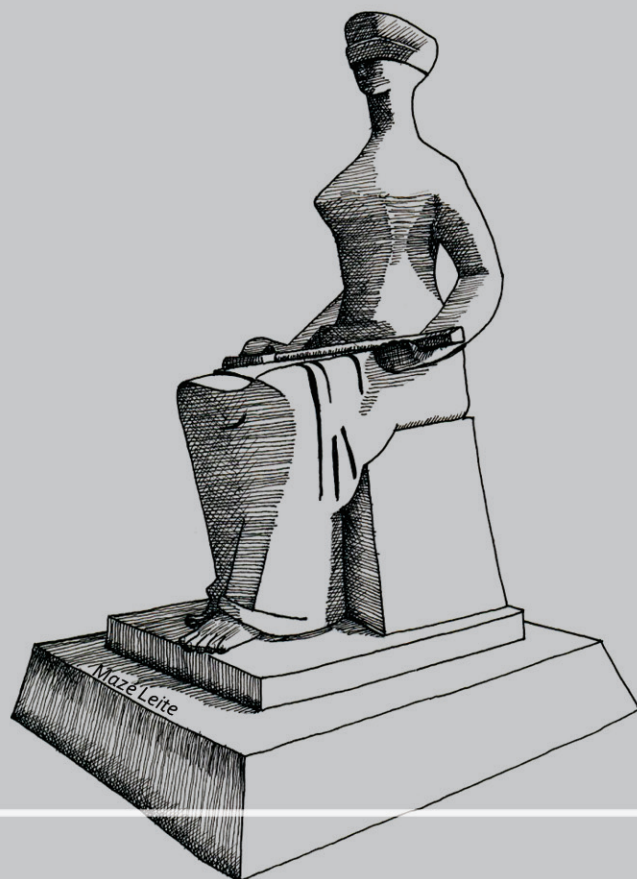
Por fim, não prospera o pleito da acusação em relação aos requerimentos de produção de provas. Não consta nos autos quais os pedidos formulados ao Juízo *a quo* e que foram indeferidos à fl. 73v.. Ademais, o rol do art. 581 do Código de Processo Penal é taxativo quanto às hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, não sendo o meio apropriado para impugnar a decisão judicial, nessa parte.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito tão somente para RECEBER a denúncia contra Almir Pedro da Silva, Jefferson Paulatti e Almir Pedro da Silva Júnior pelo delito do art. 272, § 1º-A e § 1º, c. c. o art. 71, ambos do Código Penal, por três vezes, e determinar o prosseguimento do feito.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0008761-71.2003.4.03.6183
(2003.61.83.008761-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ JERÔNIMO ALVES
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: ApelReex 1251924
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/09/2014

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social - contra a sentença de procedência do pedido de pensão por morte ajuizado por José Jerônimo Alves, em razão do óbito de seu companheiro, Ademir Cassiano da Cunha, ocorrido em 12/02/1999 (fls. 02/25).

A decisão apelada está fundamentada na comprovação, pela parte autora, dos requisitos da qualidade de segurado do falecido e de dependência econômica do demandante em relação ao finado, haja vista a comprovação de união estável entre eles. Vencida, a autarquia previdenciária foi condenada à implantação do benefício previdenciário desde a data do requerimento administrativo formulado pelo demandante, bem como ao pagamento da verba sucumbencial (fls. 264/269).

Em sua apelação, o INSS sustenta, em síntese, que não estão preenchidos os requisitos à concessão do benefício ora pleiteado, razão pela qual pleiteia a reforma da sentença atacada e inversão dos ônus da sucumbência (fls. 273/282).

Com as contrarrazões da parte autora (fls. 288/290), os autos subiram a este C. TRF da 3ª Região.

É o relatório.

Decido.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Sobre o benefício de pensão por morte, dispõe o art. 201, V, da Constituição Federal:

Art. 201. A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Os artigos 74 e 16 da Lei nº 8.213/91, por sua vez, estão assim redigidos, respectivamente:

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 9.528, de 1997)

- I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)
- II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)
- III - da decisão judicial, no caso de morte presumida. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

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; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
- II - os pais;
- III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
- IV - (Revogado pela Lei nº 9.032/1995)

Assim, os requisitos para obtenção da pensão por morte são: a) o óbito; b) a qualidade de segurado daquele que faleceu; c) a dependência econômica em relação ao segurado falecido.

No caso em análise, o óbito do companheiro do autor, Ademir Cassiano da Cunha, ocorreu em 12/02/1999 (fl. 52), houve requerimento administrativo formulado ao INSS em 07/12/2001 (fl. 53) e a ação foi proposta em 22/10/2003.

A qualidade de segurado do falecido restou comprovada nos autos, porquanto o extinto, conforme cadastro DATAPREV-CNIS de fl. 55, era aposentado por invalidez desde 01/11/1996.

No que se refere ao reconhecimento de união estável homoafetiva, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, para fins de equiparação desse tipo de união à união familiar heterossexual, bem como para fins de concessão de direitos, considerados iguais aos companheiros de quaisquer dessas relações estáveis, o tema não comporta mais qualquer debate jurídico, tendo em vista decisão do Plenário do E. Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277, em 05/5/2011, e, no esteio do julgado da Magna Corte, firmou-se a jurisprudência daquele Tribunal Superior e deste C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O preceito constante do art. 1.723 do Código Civil - "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" - não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferiu esse entendimento no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 5.5.11, utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição do referido preceito do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento este, que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva.
2. Em recente pronunciamento, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar caso análogo ao

presente, o RE nº 477.554-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26.08.11, em que se discutia o direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.” (Precedentes: RE nº 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE nº 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE nº 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE nº 590.989, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE nº 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 3. (...).

4. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA DIANTE DO INFORMATIVO Nº 0366, DO STJ. MÉRITO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO COMO BENEFÍCIO DE PENSÃO POS MORTEM. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO, APELO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Ineficácia da prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, união homoafetiva é reconhecida pelos Tribunais Pátrios, apesar de inexistir ordenamento legal. Possibilidade de ser concedido o benefício previdenciário nos casos de relação homoafetiva. Informativo de nº 0366, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconhece a Possibilidade Jurídica do Pedido. 2 - Faz jus apelada à percepção do benefício de pensão por morte o autor logrou êxito em comprovar, efetivamente, sua vida em comum com o falecido segurado, como se more uxório, mantendo residência conjunta, partilhando despesas, além da aquisição de bens, tais como um imóvel que foi adquirido por ambos, e deixado ao autor. 3 - Pleito do apelado em conformidade com o Princípio Constitucional da Igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, previsto no inciso I, do Art. 5º da Carta Magna, posto que a união homoafetiva merece ser tratada como uniões heterossexuais. 4 - Incontestável direito do apelado à percepção de pensão por morte nos termos assegurados pela Constituição da República de 1988 e a própria IN/INSS nº 025/2000, vez que presentes os requisitos necessários ao gozo desse direito. 5 - Reexame necessário improvido, prejudicado o apelo voluntário para manter incólume a decisão recorrida. 6 - Decisão unânime.”

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, 1ª Turma, Ag no RE nº 607.562, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/9/2012)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. (...). UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. STATUS JURÍDICO DE ENTIDADE FAMILIAR. QUALIDADE DE SEGURADO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. COMPANHEIRO. TERMO INICIAL.

I - (...).

III - O Supremo Tribunal Federal - na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277 julgada em 05/05/2001 - reconheceu o status jurídico de entidades familiares às relações homoafetivas. Diante desse quadro, a concessão de benefícios previdenciários aos casais homoafetivos dar-se-á nos mesmos moldes para com os casais heteroafetivos, devendo-se exigir dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos. No caso de pensão por morte, a qualidade de segurado do de cujus, o vínculo de afetividade e a dependência econômica presumida.

IV - O autor logrou comprovar nos autos, tanto documental quanto testemunhalmente, a união estável homoafetiva entre ele e o falecido, sendo que, na condição de companheiro, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91.

V - O termo inicial do benefício é a data do óbito, ou seja, 11.12.2008 uma vez que o pedido foi efetuado dentro do prazo de trinta dias antes do óbito, nos termos do art. 74, inciso I, da Lei nº 8.213/91 (v. fl. 34). VI - Preliminares rejeitadas. Apelação dos réus improvidas.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AC nº 1.636.871, Rel. Juiz Fed. Conv. David Diniz, j. 31/01/2012)

PREVIDENCIÁRIO. (...). PENSÃO POR MORTE. ART. 74 DA LEI 8.213/91. UNIÃO HOMOAFETIVA. REQUISITOS PRESENTES. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. (...).

2. A união afetiva estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico aos dispensado às uniões heterossexuais em respeito ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

3. É totalmente compatível com o sistema previdenciário o reconhecimento do direito à pensão por morte à companheira homossexual nos termos do artigo 74 da Lei 8.213/91.

4. Não há motivos técnicos, jurídicos ou quaisquer outros para se exigir, no caso da união homoafetiva, a dependência econômica exclusiva da companheira sobrevivente, eis que a situação se subsume na regra do § 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. O tratamento da questão, portanto, deve ser idêntico ao do concubinato heterossexual: a dependência não necessita ser exclusiva, sendo, portanto, presumida.

5. Comprovada a união homoafetiva, presume-se a dependência econômica da autora em relação a “de cujus”, nos termos do § 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, bem como presentes os demais requisitos previstos no artigo 74, “caput”, da mesma lei, é devido o benefício de pensão por morte.

6. (...) Tutela antecipada concedida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AC nº 971.499, Rel. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira, j. 30/3/2009)

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. (...). PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO. HOMOSSEXUAIS. TRABALHADOR URBANO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. ARTS. 74 A 79 DA LEI Nº 8.213/91. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. QUALIDADE DE SEGURADO.

1 - (...).

3 - Companheiro do segurado, que teve por comprovada a vida em comum, tem a sua dependência econômica presumida em relação a ele, por lhe serem assegurados, face ao princípio da igualdade, os mesmos direitos previdenciários atribuídos aos heterossexuais e a mesma prerrogativa de concorrência em relação aos demais dependentes elencados no inciso I do art. 16 da Lei de Benefícios.

4 - O direito de acesso dos homossexuais aos benefícios previdenciários em face de seus companheiros segurados é questão já decidida em sede da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0/RS, de abrangência nacional, conforme decisão proferida pelo mesmo TRF4 (Ag nº 2000.04.01.044144-0).

5 - Diversas correspondências particulares, postadas e enviadas ao mesmo endereço, não deixam dúvidas de que ali coabitavam o autor e o de cujus. Além disso, as provas carreadas aos autos demonstram que ambos frequentavam os mesmos clubes sociais, com relação de dependência.

6 - Comprovada a existência de relação homoafetiva por mais de 25 anos, da qual decorre a união estável entre o autor e o de cujus até a data do óbito, através do conjunto probatório acostado aos autos, a dependência econômica é presumida, nos termos do art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios.

7 - Comprovada a qualidade de segurado e demonstrada a condição de dependência, é de se

conceder o benefício, nos termos do art. 201, V, da Constituição Federal e da Lei nº 8.213/91. 7 - (...). (TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApelReex nº 1.263.988, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 14/4/2008)

Assim, o fato de a união estável alegada na exordial ser homoafetiva não é fundamento jurídico para a improcedência do pedido inicial nem descaracteriza a relação de dependência entre os companheiros, que têm reconhecido pelos Tribunais Superiores a igualdade de tratamento às relações heteroafetivas, sendo mister, se comprovado pela parte autora o relacionamento estável, ainda que entre pessoas do mesmo sexo, o reconhecimento da dependência econômica presumida nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91.

No caso dos autos, a união estável entre o segurado e o demandante se comprovou por farto início de prova material, corroborada por robusta prova testemunhal, as quais demonstram que o relacionamento mantido pelo casal era afetivo, estável, público e notório e com intenção de convívio marital e de constituir família.

Conforme se vê dos documentos de fls. 30/49, 58/60, 62/73 e 221/221v., o autor demonstrou que, entre os anos de 1993 e 1999, conviveu maritalmente com o segurado, porquanto com ele tinha vida diária em comum, cujas fotografias, cartas, comprovantes de residência, manutenção de conta corrente conjunta, relatórios médicos e recibos de aluguel demonstram à saciedade que o relacionamento dos casal não era apenas afetivo, mas de convivência sob o mesmo teto e de interdependência inclusive econômica, o que prova de forma eficiente a união estável homoafetiva alegada na inicial.

Referido início de prova material foi corroborado sob o crivo do contraditório, cujos depoimentos de fls. 257/262 reafirmam a convivência pública e notória do casal, porquanto as testemunhas asseveram que tinham conhecimento de que autor e segurado viviam sob o mesmo teto e se apresentavam como companheiros no círculo social por eles frequentado, bem como que o relacionamento estável, iniciado em 1993, permaneceu até o óbito do segurado, que foi devidamente assistido por seu companheiro durante toda a fase em que esteve doente até a sua morte.

Impende destacar, para o reconhecimento da união estável, seja homo ou heteroafetiva, a importância da prova testemunhal acerca do convívio marital entre o casal, para que se caracterize o requisito legal em debate, haja vista que a jurisprudência deste C. Tribunal Regional Federal atribui tal relevância à prova oral, mesmo realizada de forma exclusiva, conforme se vê dos seguintes julgados:

(...). PREVIDENCIÁRIO. (...). PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PROVA TESTEMUNHAL. SUFICIÊNCIA. BENEFÍCIO DEVIDO. (...).

1. (...).

2. O reconhecimento da união estável e a relação de dependência econômica, para fins de pensão por morte, pode ser realizado mediante prova exclusivamente testemunhal, desde que os depoimentos sejam coerentes e idôneos.

3. (...).

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AC nº 1.166.848, Rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, j. 17/10/ 2011)

PREVIDENCIÁRIO - RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - UNIÃO ESTÁVEL - COMPROVAÇÃO - PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL - POSSIBILIDADE.

I - Para a caracterização da união estável não é necessário que se comprove a convivência sob o mesmo teto (Súmula 382 do STF), bastando a demonstração de estabilidade e aparência de

casamento. Precedentes do STJ.

II - A prova exclusivamente testemunhal é suficiente à comprovação da relação estável e duradoura. Precedentes do STJ.

III - Remessa oficial e apelação do INSS improvidas.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AC nº 1.182.393, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, j. 04/9/2007)

Considero, pois, as provas dos autos suficientes à demonstração de existência da união estável homoafetiva alegada na inicial, sendo a dependência econômica presumida, nos termos do art. 16, I e § 4º, da Lei nº 8.213/91, garantido o tratamento equânime entre os casais do mesmo sexo ou de sexos diferentes, nos termos da interpretação constitucional dada ao tema pelo E. Supremo Tribunal Federal, nos termos da fundamentação.

Comprovados os requisitos legais mencionados, é de rigor a manutenção da sentença de concessão do benefício de pensão por morte em favor da parte autora.

A data de início do benefício deve ser a do pedido administrativo formulado ao INSS, porquanto o requerimento superou 30 (trinta) dias do falecimento do segurado (fl. 53).

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08/4/1981 (Súmula nº 148 do C. STJ), incidente a partir de cada vencimento (Súmula nº 08 do E. TRF da 3ª Região), e pelo mesmo critério de atualização dos benefícios previdenciários previsto na legislação respectiva, o qual está resumido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a prova do pela Resolução nº 267, de 02 de dezembro de 2013, do C. Conselho da Justiça Federal.

Sobre esses valores incidirão juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força do art. 1.062 do Código Civil anterior e art. 219 do Código de Processo Civil. A partir do novo Código Civil, serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 deste último diploma, e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Após a Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, conforme o julgado do C. STJ, 6ª Turma, REsp nº 1.099.134/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 08/11/2011.

Os honorários advocatícios devem incidir no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, à luz do que dispõe o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, entendida esta como a somatória das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ, cujo enunciado foi modificado pela C. 3ª Seção daquela E. Corte em 27/9/2006, para que constasse expressamente que, nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença, seguindo, ainda, precedentes desta Turma Julgadora.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação do INSS, apenas para adequar os consectários legais incidentes sobre os valores devidos aos termos da legislação e jurisprudência mencionadas na fundamentação, mantida, no mais, a sentença apelada tal como lançada pelo MM. Juízo *a quo*.

Depois de ultimadas as providências necessárias, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 25 de agosto de 2014.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0000552-07.2004.4.03.6110
(2004.61.10.000552-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 127/130
Apelante: JOSÉ VALENTIM CORREA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1365228
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/10/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PEDÁGIO. REQUISITO ETÁRIO NÃO CUMPRIDO. REQUISITOS PARA APOSENTADORIA INTEGRAL POR TEMPO DE SERVIÇO CUMPRIDOS NO CURSO DA DEMANDA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CÉLERE, ADEQUADA E EFETIVA.

1. Incluindo-se o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, verifica-se que a parte autora cumpriu o acréscimo previsto pela Emenda Constitucional nº 20/98, de maneira que, à época, embora a parte autora tenha cumprido o tempo de serviço necessário à concessão de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, não fazia jus à concessão do benefício, uma vez que não possuía a idade de 53 (cinquenta e três) anos.
2. Entretanto, considerando que o último vínculo empregatício anotado na CTPS da autora está em aberto, foi realizada consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, em terminal instalado no gabinete desta Relatora, o que revelou a continuidade do referido contrato de trabalho posteriormente ao ajuizamento da presente demanda. Assim, computado tal registro, verifica-se que a autora implementou o tempo de serviço de 36 (trinta e seis) anos, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias, na data da citação, o que autoriza a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição desde então, devendo ser observado o disposto nos artigos 53, inciso II, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.
3. A Lei Processual Civil pátria orienta-se no sentido de conferir a máxima efetividade ao processo e adequada prestação jurisdicional, com relevo também para a economia processual. Daí a possibilidade de se considerar quando se dá por preenchido o requisito legal do tempo de serviço. Precedente desta eg. Corte.
4. Agravo legal parcialmente 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 parcial provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de outubro de 2014.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo INSS contra a r. decisão monocrática de fls. 127/130.

Sustenta a Autarquia, em síntese, a impossibilidade o reconhecimento da atividade especial no período de 07/10/1977 a 23/09/1985. Aduz, ainda, o reconhecimento da incidência da prescrição quinquenal. Requer o provimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

Constatada a sua tempestividade, apresento o feito em Mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, I, do RI/TRF, 3ª Região.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Em sede de agravo legal a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. RFFSA. EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA LIDE. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES. I - Decisão proferida com fundamento na faculdade dada ao relator pelo art. 557, § 1º-A, do CPC, não havendo necessidade de dar-se à parte a oportunidade de apresentação de contrarrazões, providência que iria de encontro com a intenção do legislador de dar celeridade ao processo. II - Em sede de agravo legal, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão que deu provimento ao agravo de instrumento, que objetivava a reforma daquela proferida em primeira instância que determinou a exclusão da União Federal, como sucessora da RFFSA. III - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida. IV - agravo legal a que se nega provimento.

(AI 200903000380673, Relatora Desembargadora Federal MARISA SANTOS, 9ª TURMA, DJF3 CJ1 13/05/2010, p. 449, Data da Decisão 03/05/2010, Data da Publicação 13/05/2010).

No caso concreto, assiste parcial razão à agravante.

Com efeito, não prospera o reconhecimento da atividade urbana, como de natureza especial, no que tange ao período de trabalho de 07/10/1977 a 23/09/1985, pois embora conste nos autos informação no sentido de que no mencionado período a parte autora estava submetida aos agentes agressivos *gases emanados de tintas e vernizes, os quais eram a base de solventes, tais como: xilol, dowlanol, toluol, butanol, solvessos, paratolueno sulfônico, nitroceluloses e catalisadores* no exercício da atividade profissional, é certo que o laudo técnico elaborado por profissional competente indica que esses agentes agressivos não superavam os limites de tolerância previstos pelos regulamentos que disciplinam a saúde e a segurança do trabalho, conforme conclusão ao asseverar que *o segurado permanecia em áreas onde o agente agressivo (gases emanados das substâncias acima citadas) estão controladas conforme o limite máximo de tolerância permitido pela legislação vigente* (fls. 30/34).

Por outro lado, computando-se o tempo de atividade especial desenvolvida nos períodos de 19/09/1972 a 30/04/1973 e 15/04/1986 a 01/06/1993, com o tempo de atividade comum reconhecido administrativamente, o somatório do tempo de serviço da parte autora, na data da publicação da EC 20/98, é inferior a 30 (trinta) anos, totalizando 29 (vinte e nove) anos, 04 (quatro) meses e 23 (vinte e três) dias de tempo de serviço, de maneira que é aplicável ao caso dos autos a regra de transição prevista no artigo 9º da referida Emenda Constitucional, pois a parte autora não possuía direito adquirido ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço na data da sua publicação, em 16/12/1998.

Observo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, exige um acréscimo de tempo de serviço, que perfaz 30 (trinta) anos, 02 (dois) meses e 25 (vinte e cinco) dias, no presente caso.

De outra parte, incluindo-se o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, verifica-se que a parte autora cumpriu o acréscimo previsto pela Emenda Constitucional nº 20/98 totalizando, na data do requerimento administrativo, 32 (trinta e dois) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias, de maneira que, à época, embora a parte autora tenha cumprido o tempo de serviço necessário à concessão de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, não fazia jus à concessão do benefício, uma vez que não possuía a idade de 53 (cinquenta e três) anos.

Entretanto, considerando que o último vínculo empregatício anotado na CTPS da autora está em aberto (fl. 85), foi realizada consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, em terminal instalado no gabinete desta Relatora, o que revelou a continuidade do referido contrato de trabalho posteriormente ao ajuizamento da presente demanda. Assim, computado tal registro, verifica-se que a autora implementou o tempo de serviço de 36 (trinta e seis) anos, 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias, na data da citação, o que autoriza a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição desde então, devendo ser observado o disposto nos artigos 53, inciso II, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se que a imposição da regra de transição para a aposentadoria integral por tempo de serviço é inócua, não possuindo qualquer eficácia, uma vez que é mais gravosa do que a regra permanente. Inclusive, a Instrução Normativa INSS/PR nº 11, de 20/09/2006, que sucedeu a Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14/04/2005, deixa claro que tanto os segurados que já se encontravam filiados ao R.G.P.S até 16/12/1998 quanto os que ingressaram posteriormente no sistema poderão obter o benefício mediante a comprovação de tempo de contribuição, sem qualquer exigência de “pedágio” ou idade mínima.

Na hipótese, essa egrégia Corte Regional enfrentando a matéria decidiu que

Não se exige para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, idade mínima ou pedágio, que incidem somente na aposentadoria proporcional, nos termos da EC 20/98, sendo este, inclusive, o entendimento adotado pela própria Autarquia Previdenciária, expresso em seus atos administrativos (IN 57/2001, IN 84/2002, IN 95/2003 e, mais recentemente, IN 118/2005).

(TRF - 3ª Região; AC nº 908063/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, j. 08/08/2005, DJU 25/08/2005, p. 542).

No mesmo sentido:

Afastada a incidência do requisito idade instituído no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, na concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição postulado, cabível sua incidência somente na concessão dos benefícios de aposentadoria proporcional, já que a Emenda Constitucional nº 20, na alteração introduzida no corpo permanente da Constituição, não fez incluir no inciso I do § 7º do artigo 201 o requisito idade para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

(TRF - 3ª Região; AI nº 216632/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 28/03/2005, DJU 22/03/2005, p. 448)

A Lei Processual Civil pátria orienta-se no sentido de conferir a máxima efetividade ao processo e adequada prestação jurisdicional, com relevo também para a economia processual. Daí a possibilidade de se considerar quando se dá por preenchido o requisito legal do tempo de serviço.

Com isso, propicia-se à parte uma definição, mediante uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva, uma vez que os requisitos idade e tempo de serviço aperfeiçoaram-se no curso da demanda.

A propósito, quanto à implementação de todos os requisitos legais exigidos à concessão do benefício postulado no curso do processo, traz-se à colação trecho de ementa de aresto:

Implementada a idade mínima para a concessão de aposentadoria por idade no curso da ação, concede-se esta na impossibilidade da concessão da aposentadoria por tempo de serviço.

(1ª Turma, AC 2001.03.99.004994-4, Rel. Juiz Walter do Amaral, j. 24.06.2002, DJU 21.10.2002, p. 302)

Visando à efetividade, o art. 462 do Código de Processo Civil ao tratar do fato superveniente, legitima o entendimento trazido à baila, devendo ser o mesmo considerado pelo juiz no momento da prolação da sentença.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação (07/02/2006).

É importante salientar que a prescrição quinquenal somente alcança as prestações não pagas nem reclamadas na época própria, não atingindo o fundo de direito, devendo ser observada no presente caso. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e natureza alimentar, a prescrição que incide é aquela prevista na Súmula 85/STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.” Inocorrência da chamada prescrição do fundo de direito.

(REsp 544324/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 25/05/2004, DJ 21/06/2004, p. 242)

Neste caso, não há falar em parcelas prescritas, considerando-se o lapso temporal decorrido entre o termo inicial do benefício e a data do ajuizamento da demanda.

No mais, mantenho a r. decisão recorrida, pois inexistente ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada que justifique sua reforma, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL para limitar o reconhecimento da atividade especial aos períodos de 19/09/1972 a 30/04/1973, 15/04/1986 a 01/06/1993 e 15/11/1994 a 28/04/1995, bem assim condenar o INSS a conceder a aposentadoria integral por tempo de serviço, desde a citação, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0015611-95.2010.4.03.9999
(2010.03.99.015611-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA DE FATIMA ENGRE
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA ITARARÉ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: AC 1507792
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/09/2014

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- O salário-maternidade é benefício previdenciário devido a segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de sua ocorrência ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos (inovação introduzida pela Lei nº 10.421/02).
- Comprovada a qualidade de segurada, o benefício de salário-maternidade é devido, competindo, à entidade autárquica, fiscalizar e, se o caso, cobrar os valores sonegados pelo empregador, responsável pelo pagamento do benefício.
- Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de agosto de 2014.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Cuida-se de agravo interposto pelo INSS de decisão que, em ação objetivando a concessão de salário-maternidade a trabalhadora rural, negou seguimento à apelação, porque manifestamente improcedente, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Aduz, o agravante, que os dados extraídos do CNIS gozam de presunção legal e veracidade *juris tantum*, nos termos do art.19, do Decreto nº 3.048/99, e não podem ser simplesmente

desprezados. Afirma, ainda, que o benefício deveria ter sido pago diretamente pelo empregador.

Requer a retratação da decisão para que seja julgado procedente o pedido ou, caso mantida, seja o feito levado em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Corolário do princípio da celeridade processual, os poderes conferidos ao relator, pelo artigo 557, do Código de Processo Civil, permitem o julgamento singular do próprio mérito do recurso, *in verbis*:

Art. 557. O relator negará 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.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

In casu, cuida-se de agravo interposto pela autora de decisão que, em ação objetivando a concessão de salário-maternidade a trabalhadora rural, negou seguimento à apelação, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Às fls. 64/65, assim foi decidido:

Demanda objetivando a concessão de salário-maternidade a trabalhadora rural.

Não produzida prova oral.

Pedido julgado procedente no primeiro grau de jurisdição.

Apelou, o INSS, pleiteando reforma total da sentença.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Corolário do princípio da celeridade processual, os poderes conferidos ao relator, pelo artigo 557, do Código de Processo Civil, permitem o julgamento singular do próprio mérito do recurso, *in verbis*:

“Art. 557. O relator negará 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.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

O salário-maternidade surgiu como benefício previdenciário após o advento da Lei nº 6.136, de 01 de novembro de 1974, editada em atendimento ao comando da Constituição de 1967, reiterado pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969, que atribuía à Previdência Social a proteção à maternidade.

A Constituição de 1988 conferiu à licença-maternidade, bem como ao salário-maternidade - substitutivo da remuneração no período de gozo da licença - status de direito fundamental, com todas as garantias que lhe são inerentes. Assim dispõe:

“Artigo 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;”

No plano infraconstitucional, encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias, em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos. O direito da adotante ao salário-maternidade foi importante inovação introduzida pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. Na redação originária do artigo 26 da Lei nº 8.213/91, sua concessão independia de carência. Com as alterações promovidas pela Lei nº 9.876/99, a carência passou a ser dispensada apenas para as empregadas, trabalhadoras avulsas e domésticas, e exigidas 10 contribuições mensais das contribuintes individuais e facultativas. No que se refere à segurada especial, o parágrafo único do artigo 39 do referido diploma legal, incluído pela Lei nº 8.861/94, exige a comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

Feitas estas considerações, cumpre analisar a presença dos requisitos legais necessários à concessão do benefício vindicado.

A autora pleiteia o salário-maternidade na qualidade de trabalhadora rural, em virtude da gravidez e nascimento da filha Maely Vitória Engre, no dia 13.08.2004 (fls. 07).

Nos termos do artigo 11, inciso I, da Lei nº 8.213/91, a trabalhadora rural, cuja atividade é caracterizada pela subordinação e habitualidade, ainda que de forma descontínua, tendo em vista as particularidades do trabalho no campo, é qualificada como empregada, portanto, segurada obrigatória.

Este é, inclusive, o tratamento dispensado pelo próprio INSS que, pela Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14.04.2005, considera como segurado, na categoria de empregado, o trabalhador volante.

Por outro lado, para a obtenção de benefícios previdenciários, necessária a demonstração da atividade rural e, conseqüentemente, o vínculo de segurada. Neste sentido, o § 3º do artigo 55 c/c o parágrafo único do artigo 106, ambos da Lei nº 8.213/91, admitem a comprovação de tempo de serviço em atividade rural desde que baseada em início de prova documental, sendo vedada a prova exclusivamente testemunhal.

No caso dos autos, para confirmar a condição de trabalhadora rural, a autora apresentou, como início de prova material, cópia de sua CTPS com registros rurais nos seguintes períodos: 11.02.1999 a 26.04.1999, 01.03.2001 a 16.10.2002, 10.09.2003 a 11.08.2006 e 02.07.2007 a 25.06.2008.

Foram acostadas, ainda, às fls. 20, pela Autarquia Federal, pesquisas realizadas junto ao CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, comprovando os vínculos em nome da autora e a natureza rural da atividade desempenhada.

É inconteste o valor probatório de carteira de trabalho na qual é possível inferir a profissão exercida pelo autor, à época dos fatos que pretende comprovar, de acordo com o artigo 106, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

Verifica-se, portanto, que a autora manteve vínculo empregatício rural no período de 10.09.2003 a 10.08.2006, o que comprova o exercício de atividade rurícola pelo período exigido em lei.

Injusto, assim, indeferir-lhe o pleito de benefício porque não realizada a produção de prova oral.

Frise-se que o fato de a autora ter exercido atividade urbana, no período de 01.06.1997 a 22.21.1998, conforme CNIS de fls. 20-21, não afasta seu direito ao benefício vindicado, eis que restou comprovado o desempenho de atividade rural durante o período de gestação.

De rigor, portanto, a manutenção da sentença, concedendo-se o benefício vindicado. Posto isso, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação, porque manifestamente improcedente.

Conforme exposto, o conjunto probatório é mostrou-se suficiente à concessão do benefício.

Ao segurado não pode ser imputada a responsabilidade em cobrar o benefício diretamente do empregador, competindo à entidade autárquica fiscalizar e, se o caso, cobrar os valores sonegados.

Cuidando-se, como visto, de apelação manifestamente improcedente, cabível acionar o disposto no artigo 557, *caput*, do CPC, que permite ao relator julgar monocraticamente o recurso, sendo, pois, caso de se negar provimento ao agravo legal.

Ante o exposto, mantendo as razões da decisão supra, nego provimento ao agravo interposto com fulcro no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0005144-29.2011.4.03.6311
(2011.63.11.005144-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Interessado: JOÃO RICARDO AFONSO NUNES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1903079
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/10/2014

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. READEQUAÇÃO DE BENEFÍCIO. EC 41/03. CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO AO TETO. DESPROVIMENTO.

1. O E. Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da retroatividade dos tetos previstos nas EC's 20/98 e 41/03 aos benefícios previdenciários concedidos anteriormente a tais normas.
2. A questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários-de-contribuição; não se tratando de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos, ou seja, absorção do valor resultante do redutor pelos novos tetos.
3. Incidência, à época, do teto máximo sobre o salário-de-benefício; sendo de rigor a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se o novo teto previsto na EC 41/03, respeitada a prescrição quinquenal e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.
4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de agravo legal, contra decisão que negou seguimento à apelação, interposta em face da sentença que julgou extinto o feito sem resolução do mérito quanto ao pedido relativo à EC 20/98 e julgou procedente o pedido quanto à EC 41/03, condenando o INSS a pagar as diferenças, respeitada a prescrição quinquenal, corrigidas monetariamente pela Resolução

134/10 do CJF.

Sustenta o agravante, em suma, que “não haverá diferenças a serem pagas, pois no primeiro reajustamento houve proveito integral do índice do artigo 21 da Lei 8.880/94 correspondente a 1,14229 para o benefício NB 068.484.217-3”; ressaltando que, observado o disposto no Art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91, o salário-de-benefício não pode ser inferior ao salário mínimo nem superior ao maior salário de contribuição.

Destaca a aplicação do fator previdenciário no cálculo da RMI inclusive nos benefícios limitados ao teto; pleiteando que “seja utilizado o salário de benefício para apuração do índice teto, incluindo o fator previdenciário, ou seja, que o referido índice seja apurado pela diferença percentual entre o SB e o limite do salário-de-contribuição a ser incorporada ao valor do benefício juntamente com o primeiro reajuste do mesmo após sua concessão”.

Aduz que só poderão ter direito à revisão os segurados cujos benefícios em manutenção tiveram suas rendas mensais limitadas aos tetos dos salários-de-contribuição, respectivamente, nos valores de R\$ 1.081,50, de 06/98 a 12/98, e de R\$ 1.869/34, de 06/03 a 01/04; alegando que os segurados com benefícios concedidos sem redução da média dos salários de contribuição corrigidos não terão direito ao aproveitamento dos novos tetos das EC's 20/98 e 41/03, em conformidade com a decisão do STF no RE 564.354/SE, pelo que não faz jus a parte autora à revisão pleiteada.

Requer, por fim, o prequestionamento do Art. 26 da Lei 8.870/94, Art. 21, § 3º, da Lei 8.880/94, Art. 29 da Lei 8.213/91 e Art. 3º da Lei 9.876/99.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

A decisão agravada (fls. 116/117 vº) foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de recurso de apelação nos autos em se objetiva a revisão de benefício previdenciário mediante sua adequação aos tetos impostos pelas EC 20/98 e EC 41/03.

O MM. Juízo *a quo* julgou extinto o feito sem resolução do mérito quanto ao pedido relativo à EC 20/98 e julgou procedente o pedido quanto à EC 41/03, condenando o INSS a pagar as diferenças, respeitada a prescrição quinquenal, corrigidas monetariamente pela Resolução 134/10 do CJF. Os juros de mora são devidos a partir da citação pela SELIC. A partir de 30.6.2009, os juros são devidos com base na Lei 11.960/09. Sucumbência recíproca das partes. A sentença não foi submetida ao reexame necessário em razão do disposto no Art. 475, § 3º, do CPC.

Apela o INSS, alegando o cabimento do reexame necessário. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença.

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

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, é aplicável o disposto no § 3º do art. 475 do CPC, pois a sentença está fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 56435). Assim, é inadmissível a remessa oficial.

Passo à análise da matéria de fundo.

O Art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91 estabeleceu como teto ao salário-de-benefício o limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício.

O Art. 33 da mesma lei prevê também um limitador para a renda mensal, que não pode ter valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45.

Após exaustiva discussão nos Tribunais Superiores pátrios, o Supremo Tribunal Federal fulminou a controvérsia a cerca do limite legalmente imposto, decidindo por sua constitucionalidade. Nos anos de 1998 e 2003, o teto máximo de pagamento da Previdência foi alterado, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 (Art. 14) e nº 41/03 (Art. 5º).

O Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a aplicação do novo valor teto aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito. É o que se vê no julgamento que segue:

“DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário”.

(RE 564354, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe 14-02-2011)

A divergência naquela E. Corte, manifestada no voto proferido pelo Exmo. Ministro Dias Tóffoli, entendia que o cálculo do benefício é ato único, não passível de recálculo mensal para adequação aos novos tetos, de modo que a parte excedente ao salário-de-benefício não poderia ser reincorporada quando das modificações dos tetos, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito.

Os Ministros que acompanharam a Exma. Relatora assentaram posicionamento no sentido de que o redutor é elemento externo ao cálculo do benefício, pelo que, sempre que o teto máximo de pagamento de benefícios for modificado, fará jus o segurado ao novo teto, considerando-se o cálculo originário, ou seja, as contribuições corrigidas do PBC.

Considerando que o benefício está sujeito, não apenas ao redutor quando do pagamento do benefício, mas também ao redutor quando da definição do SB (média dos salários-de-contribuição corrigidos), tem-se, pelo precedente do Excelso Pretório, que aqueles que tiveram o salário-de-benefício limitado pelo teto vigente na data da concessão do benefício são os destinatários do julgado em questão.

Esclareça-se, ademais, que há casos em que o INSS fez incidir o valor máximo do salário-de-contribuição da Previdência Social sobre as contribuições que integraram o período básico de cálculo, razão pela qual os segurados enquadrados nesta situação, também devem ser contemplados por aquele julgado.

Ressalte-se, portanto, que a questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários de contribuição. Não se trata de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos, ou seja, absorção do valor resultante do

reduzidor pelos novos tetos.

Quanto à questão do benefício do autor superar ou não os tetos, há casos em que poderia resultar em prejuízo ao segurado, especialmente naquelas situações em que se está postulando revisão diversa em outro feito, o que permitiria a alteração do cálculo do salário-de-benefício. Diante disso, creio que assegurar a revisão ora pretendida, mesmo que na fase de execução não se encontre diferenças em favor do demandante, constitui a medida mais justa. Assim, ainda que, inicialmente, o segurado não tenha tido o benefício limitado pelo teto, tem direito à prestação jurisdicional que assegure a efetivação deste direito em vista da possibilidade de ter os seus salários-de-contribuição, integrantes do período básico de cálculo do benefício, majorados ou alterados por força de revisão administrativa ou judicial.

Em análise à carta de concessão do benefício/memória de cálculo, verifico a incidência, à época, do teto máximo sobre o salário-de-benefício.

De rigor, portanto, a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se o novo teto previsto na Emenda Constitucional nº 41/03, respeitada a prescrição quinquenal e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.

Ante o exposto, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação, nos termos supra explicitados.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 564.354/SE, assentou a constitucionalidade da retroatividade dos tetos previstos nas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03 aos benefícios previdenciários concedidos anteriormente a tais normas.

Ressalte-se que a questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários-de-contribuição; não se tratando de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos, ou seja, absorção do valor resultante do redutor pelos novos tetos.

Quanto à questão do benefício do autor superar ou não os tetos, há casos em que poderia resultar em prejuízo ao segurado, especialmente naquelas situações em que se está postulando revisão diversa em outro feito, o que permitiria a alteração do cálculo do salário-de-benefício. Diante disso, assegurar a revisão ora pretendida, mesmo que na fase de execução não se encontre diferenças em favor do demandante, constitui a medida mais justa. Assim, ainda que, inicialmente, o segurado não tenha tido o benefício limitado pelo teto, tem direito à prestação jurisdicional que assegure a efetivação deste direito em vista da possibilidade de ter os seus salários-de-contribuição, integrantes do período básico de cálculo do benefício, majorados ou alterados por força de revisão administrativa ou judicial.

In casu, em análise à carta de concessão do benefício/memória de cálculo, verificou-se a incidência, à época, do teto máximo sobre o salário-de-benefício; sendo de rigor a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se o novo teto previsto na EC 41/03, respeitada a prescrição quinquenal e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.

Portanto, não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

Por derradeiro, quanto ao questionamento da matéria para fins recursais, não há que se falar em afronta a dispositivos legais e constitucionais, porquanto o recurso foi analisado em todos os seus aspectos.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006629-58.2011.4.03.6119
(2011.61.19.006629-4)

Apelante: JULIANA CASARINI DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 1786441
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/10/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, INCISO II, DO C.P.C. PENSÃO POR MORTE. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. TAXATIVIDADE DA LEI PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE TUTELA ANTECIPADA. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. JUSTIÇA GRATUITA.

I - No julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.369.832/SP (Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12.06.2013, Dje de 07.08.2013), o E. STJ consolidou o entendimento no sentido de que não é possível falar-se "... em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo ..."

II - Em face do julgado acima reportado, é possível concluir que não é admissível o enquadramento do filho maior de 21 anos de idade, que esteja cursando universidade, como dependente, tendo em vista a inexistência de previsão legal acerca dessa condição especial (estudante universitário) na lei previdenciária.

III - Os valores recebidos por força de tutela antecipada concedida em sede de agravo de instrumento não se sujeitam à restituição, pois possuem natureza claramente alimentar, tendo como destinação o atendimento de necessidades básicas da parte autora. De outra parte, a percepção do benefício decorreu de decisão judicial, ainda que sem o trânsito em julgado, não se vislumbrando, no caso concreto, qualquer ardil ou manobra da parte autora com o escopo de atingir tal desiderato, evidenciando-se, daí, a boa-fé, consagrada no art. 113 do Código Civil.

IV - Tendo em vista ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita, não há verbas de sucumbência a suportar.

V - Apelo da parte autora improvido (art. 543-C, § 7º, II, 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 (art. 543-C, § 7º, II, do CPC), negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de reexame previsto art. 543-C, § 7º, II, do CPC, de acórdão da 10ª Turma, que deu provimento à apelação da autora, para julgar procedente o pedido formulado pela parte autora, condenando o INSS a restabelecer-lhe o benefício de pensão por morte (NB 068.016.951-2) desde a data da cessação (19.02.2011) até a data em que completar 24 anos de idade ou da data de conclusão do curso superior, o que vier primeiro.

Opostos embargos de declaração pela autarquia previdenciária (fls. 130/133), estes foram rejeitados pelo acórdão de fls. 138.

Ao v. acórdão proferido pela 10ª Turma, o INSS interpôs recurso especial que permaneceu sobrestado em razão da existência de recurso repetitivo pendente de julgamento no Colendo Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 2008.61.25.000944-4), em que se discutiu a possibilidade de restabelecimento de pensão por morte em favor de filho maior de 21 anos de idade e não inválido.

Após o julgamento do recurso repetitivo, os autos retornaram a esta 10ª Turma, para os fins do disposto no art. 543-C, § 7º, inciso II, do CPC.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Relembre-se que da sentença que julgou improcedente o pedido da parte autora, que objetivava o restabelecimento de benefício de pensão por morte desde a data em que completou 21 anos de idade, esta interpôs recurso de apelação, aduzindo, em suas razões, que a Constituição da República, em seu artigo 6º, estabelece que “... são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição ...”, salientando, ainda, que o jovem no período dos 18 aos 24 anos de idade deve dar prioridade à sua formação intelectual para poder melhor enfrentar o mercado de trabalho. Sustenta, por fim, violação material do disposto no art. 205 da Constituição da República, que estatui que a educação é direito de todos e deverá ser promovida e incentivada pelo Estado, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Deu-se provimento ao referido apelo, ao argumento de que o fator preponderante para qualificar alguém como dependente do segurado instituidor não é a idade ou o grau de parentesco, mas sim a dependência econômica. Além disso, o v. acórdão explicita que “... no direito de família a jurisprudência é pacífica no sentido de que a pensão alimentícia é devida ao alimentando universitário até que ele complete 24 anos de idade ou conclua seu curso superior, não se justificando, assim, que o filho universitário de um segurado do INSS seja considerado dependente no âmbito cível e até tributário (depende do imposto de renda), mas não seja considerado dependente para fins previdenciários ...”.

Interposto recurso especial pela autarquia previdenciária, este teve a admissibilidade examinada pela Vice-Presidência desta Corte, tendo sido determinado o retorno dos autos ao

Relator para nova apreciação, por força do art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.369.832/SP (Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12.06.2013, Dje de 07.08.2013), esposou o entendimento no sentido de que não é possível falar-se “... em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo ...”.

Assim sendo, é possível concluir, pelo julgado acima reportado, que não é admissível o enquadramento do filho maior de 21 anos de idade, que esteja cursando universidade, como dependente, tendo em vista a inexistência de previsão legal acerca dessa condição especial (estudante universitário) na lei previdenciária.

Por outro lado, cabe ressaltar que os valores recebidos por força de tutela antecipada concedida em sede de agravo de instrumento (fls. 52/53 e 76/77) não se sujeitam à restituição, pois possuem natureza claramente alimentar, tendo como destinação o atendimento de necessidades básicas da parte autora. De outra parte, a percepção do benefício decorreu de decisão judicial, ainda que sem o trânsito em julgado, não se vislumbrando, no caso concreto, qualquer ardil ou manobra da parte autora com o escopo de atingir tal desiderato, evidenciando-se, daí, a boa-fé, consagrada no art. 113 do Código Civil.

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-C, § 7º, II, do C.P.C., *nego provimento à apelação da parte autora*, para manter a r. sentença recorrida, que julgou improcedente o pedido, cabendo consignar que os valores por ela auferidos não são passíveis de restituição. Não há verbas de sucumbência a suportar, tendo em vista ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL
0006871-47.2011.4.03.6109
(2011.61.09.006871-2)

Embargante: EMILIA REGINA DORIGAN
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 139/141
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: AC 1865704
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. AUSENTES OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INTUITO DE PRE-QUESTIONAMENTO.

I - A parte autora opõe embargos de declaração do v. acórdão que negou provimento ao agravo legal por ela interposto.

II - Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no Julgado.

III - Sustenta, em síntese, que há omissão na decisão, pois as contribuições vertidas post mortem estão de acordo com o contido na INSS/ PRES nº 11, artigo 282, *caput* e § 1º.

IV - Constam dos autos: certidão de casamento da autora com o falecido, em 18.01.1985; certidão de óbito do marido da autora, ocorrido em 21.05.2006, em razão de asfixia mecânica/enforcamento; o falecido foi qualificado como comerciante, com quarenta e três anos de idade; comunicado de decisão que indeferiu o pedido administrativo, formulado em 08.06.2006; CTPS do *de cujus*, com anotações de vínculos empregatícios mantidos em períodos descontínuos, compreendidos entre 02.01.1978 e 31.08.2001; guias de recolhimento previdenciário relativas à inscrição nº 11158193089 (na capa do carnê, consta o nome do falecido), referentes às competências de 04.1984 a 12.1986, 06.1987 a 01.1988; guias de recolhimento previdenciário relativas à inscrição nº 11282915686 (na capa do carnê, consta o nome do falecido), relativas às competências de 06.1990 a 12.1991, 06.1994 a 06.1996; extratos do sistema CNIS da Previdência Social, indicando que o falecido possuiu vínculos empregatícios em períodos descontínuos, compreendidos entre 02.01.1978 e 09.2002, recolheu contribuições previdenciárias de maneira intermitente entre 01.1985 e 06.1996 e em abril e maio de 2006. Consta, a fls. 87, extrato do referido sistema indicando que as duas últimas contribuições mencionadas foram recolhidas em 31.05.2006.

V - A requerente comprova ser esposa do *de cujus*, através da certidão de casamento, sendo, nesse caso, dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

VI - Foi demonstrado nos autos o recolhimento de contribuições previdenciárias post mortem, relativas às competências de abril e maio de 2006, em 31.05.2006.

VII - Faz-se mister verificar se recolhimentos posteriores ao óbito conferem ao falecido a qualidade de segurado.

VIII - A Instrução Normativa INSS/PRES Nº 11, de 20.09.2006, bem como algumas

instruções normativas que a precederam, admitiam o deferimento da pensão por morte, ainda que verificado débito relativo à contribuição devida pelo segurado falecido, mediante regularização espontânea do débito por parte dos dependentes, segundo o disposto no artigo 282, *caput* e § 1º, inciso III.

IX - Referida Instrução Normativa foi revogada pela INSS/PRES Nº 20, de 10.10.2007, e o procedimento deixou de ser admitido desde então.

X - Não podem mais ser consideradas, para fins de verificação da qualidade de segurado do falecido, eventuais contribuições vertidas após o óbito.

XI - A contribuição anterior refere-se à competência de 09.2002 (última remuneração disponibilizada para o vínculo empregatício então vigente, junto a Papris Ind. E Com. de Bijou Ltda, sendo que a CTPS aponta que tal vínculo teria cessado, na realidade, em 31.08.2001 - fls. 24). Não há notícia de que, após tal data, o falecido tenha mantido vínculo empregatício, recolhido contribuição previdenciária válida ou recebido de benefício previdenciário. Assim, ele não mais ostentava a qualidade de segurado por ocasião de seu óbito, em 21.05.2006.

XII - Não se aplicam ao caso em tela as disposições do art. 102 da Lei nº 8.213/91, segundo o qual a perda da qualidade de segurado depois de preenchidos os requisitos exigidos para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios.

XIII - O *de cujus*, na data da sua morte, contava com 43 (quarenta e três) anos de idade e há, nos autos, comprovação de que esteve vinculado ao Regime Geral de Previdência Social por cerca de 15 (quinze) anos e 07 (sete) meses, condições que não lhe confeririam o direito à aposentadoria.

XIV - Não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, previstos na Lei nº 8.213/91, o direito que persegue a autora não merece ser reconhecido.

XV - Esta Egrégia 8ª Turma, por unanimidade, entendeu não merecer reparos a decisão recorrida.

XVI - O Recurso de Embargos de Declaração não é meio hábil ao reexame da causa.

XVII - A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 535, do CPC.

XVIII - Embargos de declaração improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): A parte autora opõe embargos de declaração do acórdão de fls. 139/141 que, por unanimidade, negou provimento ao agravo legal por ela interposto, confirmando a decisão de fls. 128/131 que, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao seu apelo.

Sustenta, em síntese, que há omissão na decisão, pois as contribuições vertidas *post mortem* estão de acordo com o contido na INSS/ PRES nº 11, artigo 282, *caput* e § 1º. Requer sejam supridas as falhas apontadas e ressalta a pretensão de estabelecer prequestionamento da matéria suscitada.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Não merece acolhida o recurso interposto pela parte autora, por incorrência das falhas apontadas.

Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado motivadamente desacolheu a pretensão deduzida pela parte autora.

Verifico que as provas e alegações constantes dos autos foram devidamente analisadas, bem como a legislação pertinente. O julgado dispõe expressamente:

O pedido inicial é de concessão de pensão por morte, uma vez que a autora era dependente do falecido marido que, ao tempo do óbito (21.05.2006), possuía a qualidade de segurado.

A r. sentença de fls. 113/114, proferida em 10.09.2012, julgou improcedente o pedido. Sem custas nem honorários, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita. Inconformada, apela a autora, sustentando, em síntese, que o falecido já possuía tempo de contribuição suficiente para aposentar-se por idade, o que torna irrelevante a perda da qualidade de segurado. Justifica-se, portanto, a concessão do benefício.

Regularmente processados, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Com fundamento no art. 557, do CPC e, de acordo com o entendimento firmado nesta Egrégia Corte, decido:

O benefício de pensão por morte encontra-se disciplinado pelos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91 e é devido ao conjunto de dependentes do segurado que falecer ou tiver morte presumida declarada.

O seu termo inicial, na redação original do preceito do art. 74, não continha exceções, sendo computado da data do óbito, ou da declaração judicial, no caso de ausência.

A Lei nº 9.528 de 10/12/97 introduziu alterações nessa regra, estabelecendo que o deferimento contar-se-á do óbito, quando o benefício for requerido até trinta dias do evento; do pedido, quando requerido após esse prazo e da decisão judicial no caso de morte presumida.

Por sua vez, o artigo 16, da Lei nº 8213/91 relaciona os dependentes do segurado, indicando no inciso I: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição menor de 21 anos ou inválido. No II - os pais; e no III - o irmão, não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Na redação original, alterada pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, ainda eram contemplados a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60

anos ou inválida.

Pressupõe ainda o parágrafo 4º do dispositivo acima referido que a “dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e, das demais, deve ser comprovada”.

As regras subsequentes ao referido art. 74 dizem respeito ao percentual do benefício, possibilidade de convivência entre pensionistas, casos de extinção da pensão e condições de sua concessão, quando se tratar de morte presumida.

Dessas normas, a que se submeteu às modificações de maior relevância, desde a vigência do Plano de Benefícios, foi a relativa ao valor da pensão, que passou a 100% do valor da aposentadoria que recebia o segurado, ou da por invalidez a que tivesse direito, na data do falecimento (redação dada pela Lei nº 9.528 de 10/12/97).

É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26 da lei nº 8.213/91 que, com isso, trouxe uma novidade ao sistema anterior, da antiga CLPS, que não a dispensava (art. 18).

Aliás, na legislação revogada - a antiga CLPS - vinha expressa no art.47, devida aos dependentes descritos no art. 10, em percentual a partir de 50%.

Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão da pensão aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Essas condições, com pequenas modificações, vêm se repetindo desde a antiga CLPS.

Bem, na hipótese dos autos, a inicial é instruída com: certidão de casamento da autora com o falecido, em 18.01.1985; certidão de óbito do marido da autora, ocorrido em 21.05.2006, em razão de asfixia mecânica/enforcamento; o falecido foi qualificado como comerciante, com quarenta e três anos de idade; comunicado de decisão que indeferiu o pedido administrativo, formulado em 08.06.2006; CTPS do *de cujus*, com anotações de vínculos empregatícios mantidos em períodos descontínuos, compreendidos entre 02.01.1978 e 31.08.2001; guias de recolhimento previdenciário relativas à inscrição nº 11158193089 (na capa do carnê, consta o nome do falecido), referentes às competências de 04.1984 a 12.1986, 06.1987 a 01.1988; guias de recolhimento previdenciário relativas à inscrição nº 11282915686 (na capa do carnê, consta o nome do falecido), relativas às competências de 06.1990 a 12.1991, 06.1994 a 06.1996; extratos do sistema CNIS da Previdência Social, indicando que o falecido possuiu vínculos empregatícios em períodos descontínuos, compreendidos entre 02.01.1978 e 09.2002, recolheu contribuições previdenciárias de maneira intermitente entre 01.1985 e 06.1996 e em abril e maio de 2006. Consta, a fls. 87, extrato do referido sistema indicando que as duas últimas contribuições mencionadas foram recolhidas em 31.05.2006.

A requerente comprova ser esposa do *de cujus*, através da certidão de casamento, sendo, nesse caso, dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

De outro lado, foi demonstrado nos autos o recolhimento de contribuições previdenciárias post mortem, relativas às competências de abril e maio de 2006, em 31.05.2006.

Faz-se mister verificar se recolhimentos posteriores ao óbito conferem ao falecido a qualidade de segurado.

Com efeito, a Instrução Normativa INSS/PRES Nº 11, de 20.09.2006, bem como algumas instruções normativas que a precederam, admitiam o deferimento da pensão por morte, ainda que verificado débito relativo à contribuição devida pelo segurado falecido, mediante regularização espontânea do débito por parte dos dependentes, segundo o disposto no artigo 282, *caput* e § 1º, inciso III.

Todavia, referida Instrução Normativa foi revogada pela INSS/PRES Nº 20, de 10.10.2007, e o procedimento deixou de ser admitido desde então.

Diz o artigo 282, § 2º, da referida instrução normativa:

“Art. 282. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS, na data do óbito.

(...)

§ 2º Não será considerada a inscrição realizada após a morte do segurado pelos dependentes, bem como não serão consideradas as contribuições vertidas após a extemporânea inscrição para efeito de manutenção da qualidade de segurado” (g.n.)

A Instrução Normativa estatui, ainda, que seu teor se aplica a todos os processos pendentes de análise e decisão:

“Art. 664. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, devendo ser aplicada em todos os processos pendentes de análise e decisão, e revoga a Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000; a Instrução Normativa nº 23/INSS/PRES, de 13 de dezembro de 2007; a Instrução Normativa nº 42/INSS/PRES, de 3 de dezembro de 2009; e os arts. 1º ao 622 e Anexos da Instrução Normativa nº 20/INSS/PRES, de 10 de outubro de 2007”. As disposições, em sua essência, foram mantidas pela instrução normativa subsequente.

Em consequência, não podem mais ser consideradas, para fins de verificação da qualidade de segurado do falecido, eventuais contribuições vertidas após o óbito.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. *TEMPUS REGIT ACTUM*. RECOLHIMENTO POST MORTEM. IMPOSSIBILIDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. - Necessário o prévio requerimento administrativo de benefícios outros que não o de aposentadoria por idade a trabalhador rural e amparo social, salvo se oferecida contestação de mérito, hipótese em que restam configurados a lide e o interesse de agir. - Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante o princípio *tempus regit actum*. - Para a obtenção da pensão por morte, mister o preenchimento de dois requisitos: qualidade de segurado do falecido e dependência econômica. - Qualidade de segurado do falecido não comprovada. - Não tem amparo legal o recolhimento extemporâneo de contribuições previdenciárias, após o óbito do *de cuius*, ante a vedação do art. 282, § 2º, da Instrução Normativa nº 20/2007 do INSS. - Beneficiárias da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação das autoras ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado pela 3ª Seção desta Corte. - Agravo retido desprovido. Apelação provida para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Revogada a tutela antecipada”.

(TRF 3. Processo 00197696720084039999. AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1305429. Relator: JUÍZA CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN. OITAVA TURMA. Data da Decisão: 11/04/2011. Data da Publicação: 18/04/2011)

O posicionamento do E.STJ também vem se firmando nesse sentido. Sobre o assunto, confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - PENSÃO POR MORTE AOS DEPENDENTES - CONTRIBUINTE INDIVIDUAL - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO - RECOLHIMENTO POST MORTEM - IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido de que não é possível a concessão do benefício da 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 este seja feito post mortem. 2. Agravo regimental não provido.”

(STJ. AgRg no AREsp 339676 / RS. Proc. 2013/0135952-9 Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Data do Julgamento: 03/12/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 10/12/2013)

Na hipótese dos autos, a contribuição anterior refere-se à competência de 09.2002 (última remuneração disponibilizada para o vínculo empregatício então vigente, junto a Papris Ind. E Com. de Bijou Ltda, sendo que a CTPS aponta que tal vínculo teria cessado, na realidade, em 31.08.2001 - fls. 24). Não há notícia de que, após tal data, o falecido tenha mantido vínculo empregatício, recolhido contribuição previdenciária válida ou recebido de benefício previdenciário. Assim, ele não mais ostentava a qualidade de segurado por ocasião de seu óbito, em 21.05.2006.

Acrescente-se que não se aplicam ao caso em tela as disposições do art. 102 da Lei nº 8.213/91,

segundo o qual a perda da qualidade de segurado depois de preenchidos os requisitos exigidos para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios.

Isso porque o *de cujus*, na data da sua morte, contava com 43 (quarenta e três) anos de idade e há, nos autos, comprovação de que esteve vinculado ao Regime Geral de Previdência Social por cerca de 15 (quinze) anos e 07 (sete) meses, condições que não lhe confeririam o direito à aposentadoria.

Esse é o entendimento firmado por esta E. Corte, cujos arestos destaco:

“PREVIDENCIÁRIO - PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE DE MARIDO E PAI - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO MUITO TEMPO ANTES DA MORTE - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Não é possível a concessão de pensão por morte quando o *de cujus* perdeu a qualidade de segurado por não estar contribuindo para a Previdência Social desde há vários anos antes do seu óbito.

2. Inconcebível conceder pensão por morte pleiteada sob o argumento de que o *de cuius* tenha deixado de contribuir para a Previdência Social em razão de doença que o acometia, quando a autora não trouxe aos autos nenhuma prova sobre tal fato.

3. Apelação improvida”.

(TRF 3ª REGIÃO; AC: 714580 - SP (200103990352525); Data da decisão: 15/04/2003; Relator: JUIZ JOHONSOM DI SALVO).

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. REMESSA OFICIAL. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. FALTA DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. I - Remessa oficial tida por interposta, nos termos do artigo 475, *caput* e inciso II, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.469/97.

II - No caso em tela não se revela aplicável o art. 102 da Lei nº 8.213/91, tendo em vista que à época em que o falecido marido da apelada perdeu a qualidade de segurado o mesmo não contava com o recolhimento do número mínimo de contribuições exigido para a aposentadoria por idade.

III - Apelação e remessa oficial providas”.

(TRF 3ª REGIÃO; AC: 430510 - SP (98030630130); Data da decisão: 10/06/2002; Relator: JUIZ SERGIO NASCIMENTO).

Também neste sentido decidiu o E.STJ, por ocasião do Recurso Representativo de Controvérsia, *verbis*:

“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.”

(STJ. REsp 1110565 / SE - Proc. 2009/0001382-8. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 27/05/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 03/08/2009).

Em suma, não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, previstos na Lei nº 8.213/91, o direito que persegue a autora não merece ser reconhecido.

Pelas razões expostas, nos termos do art. 557, do CPC, nego seguimento ao apelo da parte autora.

Desta forma, esta Egrégia 8ª Turma, por unanimidade, entendeu não merecer reparos a decisão recorrida.

Portanto, o acórdão é claro, não havendo qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser suprida.

Nesta esteira, agasalhado o v. acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 535, do CPC.

Logo, a argumentação se revela de caráter infringente, para modificação do Julgado, não sendo esta a sede adequada para acolhimento de pretensão, produto de inconformismo com o resultado desfavorável da demanda.

Confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DIRIGIDA À REDISCUSSÃO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Os embargos de declaração constituem recurso de natureza excepcional. São vocacionados ao esclarecimento do julgado e destinam-se dele expurgar vícios que lhe prejudiquem a compreensão, mas não são instrumento próprio a viabilizar a rediscussão da causa. Embargos declaratórios rejeitados.

Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 232.906 - Maranhão (1999/0088139-7). Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI - D.J.U. 25/09/00, PÁG. 95, j. EM 22/08/2000.

Outrossim, a pretensão da parte embargante de apreciação detalhada das razões expendidas para fins de prequestionamento, visando justificar a interposição de eventual recurso, do mesmo modo merece ser afastada.

A finalidade do prequestionamento não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 535, do CPC.

Neste sentido, orienta-se a jurisprudência, consoante decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, transcrita a seguir:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FINALIDADE ÚNICA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. O STF firmou entendimento no sentido da impossibilidade de se acolherem embargos declaratórios, que, à guisa de omissão, têm o único propósito de prequestionar a matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto.

2. Em sede de embargos declaratórios, apenas é possível a modificação do julgado mediante o saneamento de algum dos vícios previstos no artigo 535, do CPC.

3. embargos de declaração aos quais se nega provimento.

(STJ, 1ª Turma, EEDAGA422743, rel. Min. Luiz Fux, j. 07/11/2002).

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0006349-92.2012.4.03.6106
(2012.61.06.006349-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: FATIMA APARECIDA DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AC 1989518
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/09/2014

DECISÃO

Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora busca o enquadramento de atividade especial, com vistas à revisão de aposentadoria por tempo de contribuição.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar a revisão perseguida, desde a data da citação (19/10/2012), com correção monetária, acrescido de juros de mora e sucumbência recíproca.

Inconformada, a autarquia apela. Alega, em síntese, a impossibilidade do enquadramento efetuatedo. Ao final, prequestiona a matéria para fins recursais.

Por seu turno, a parte autora recorre adesivamente. Suscita a alteração do termo inicial da revisão em contenda para a data do requerimento administrativo (1º/3/2008).

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

É o relatório.

Decido.

Nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, estão presentes os requisitos para a prolação de decisão monocrática.

Apesar de ter sido proferida a sentença depois vigência da alteração do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil pela Lei nº 10.352/2001, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação for inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, *conheço* da remessa oficial, por não haver valor certo a ser considerado.

Do enquadramento de período especial

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto nº 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(..)

§ 1º. A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º. As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a “qualquer tempo”, independentemente do preenchimento, ou não, dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontram-se superadas a limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98, e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei nº 6.887/80.

Nesse sentido, reporto-me à jurisprudência firmada pelo Colendo STJ:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO AO PERÍODO TRABALHADO.

1. Com as modificações legislativas acerca da possibilidade de conversão do tempo exercido em atividades insalubres, perigosas ou penosas, em atividade comum, infere-se que não há mais qualquer tipo de limitação quanto ao período laborado, ou seja, as regras aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período, inclusive após 28/05/1998. Precedente desta 5ª Turma.

2. Recurso especial desprovido.

(STJ; REsp 1010028/RN; 5ª Turma; Rel. Ministra Laurita Vaz; v.u.; J. 28.02.2008; DJe 07.04.2008)

Cumpra observar que antes da entrada em vigor do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei nº 9.032/95, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB-40 ou DSS-8030), para atestar a existência das condições prejudiciais.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo seja o ruído, *sempre houve a necessidade* da apresentação de laudo pericial, independentemente da época de prestação do serviço.

Nesse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto nº 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos nº 83.080/79 e nº 53.831/64 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto nº 2.172/97.

Com a edição do Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Quanto a esse ponto, à míngua de expressa previsão legal, não há como conferir efeito retroativo à norma regulamentadora que reduziu o limite de exposição para 85 dB(A) a partir de novembro de 2003.

Nesse sentido, o STJ, ao julgar o Recurso Especial repetitivo nº 1.398.260, *consolidou o entendimento de ser inviável* a aplicação retroativa do decreto que reduziu de 90 para 85 dB o limite de ruído no ambiente de trabalho para configuração do tempo de serviço especial (julgamento em 14/05/2014).

Destaco, ainda, o fato de que possível uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada (*TRF 3ª R, AC nº 2003.03.99.024358-7/SP, 9ª Turma, Rel. Des. Federal Marisa Santos, julgado em 25/6/2007, DJU 13/9/2007, p. 507*).

No caso em tela, no tocante ao intervalo controvertido (13/6/1995 a 1º/3/2008), há anotação em carteira de trabalho, “Perfil Profissiográfico Previdenciário” (PPP) e laudo técnico, os quais informam o trabalho como “auxiliar de banco de sangue” em ambiente hospitalar (“Fundação Faculdade Regional de Medicina” - São José do Rio Preto - no setor HEMOCENTRO FUNFARME - COLETA) e a exposição, habitual e permanente, a agentes biológicos.

Dessa forma, o lapso acima deve ser enquadrado como atividade especial, convertido em comum e somado aos demais períodos incontroversos, restando mantida a r. sentença neste ponto.

Por conseguinte, é devida a revisão da renda mensal inicial do benefício, para que a autarquia compute o tempo de serviço reconhecido e o resultado da conversão dos períodos enquadrados, vedada a eventual contagem concomitante com lapsos já homologados ou considerados como atividade especial pela autarquia.

Ademais, o termo inicial da revisão deve ser mantido na data da citação, tendo em vista que a comprovação da atividade especial somente foi possível nestes autos, mormente com a juntada dos documentos de fls. 19/21 e 103/115.

Desse modo, deve ser mantida a bem lançada sentença.

No que concerne ao questionamento suscitado, assinalo não ter havido contrariedade alguma à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante do exposto, *nego sequimento* às apelações e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos da fundamentação desta decisão.

Intimem-se.

São Paulo, 10 de setembro de 2014.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0025025-49.2012.4.03.9999
(2012.03.99.025025-8)

Agravante: MARILENE VANINI CAMARGO DOS SANTOS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: MARILENE VANINI CAMARGO DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE RIO CLARO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AC 1760740
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ARTIGO 543-B, § 3º E 543-C, § 7º, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRESSUPOSTO DE MISERABILIDADE. REFORMA DO JULGADO ANTERIORMENTE PROFERIDO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

2. Com relação ao benefício devido ao idoso, presume-se a necessidade social a partir de determinada idade. A idade mínima exigida pela Lei nº 8.742/93, na sua redação original, era de 70 anos. Esta idade foi reduzida para 67 anos, a contar de 01.01.1998, pela Lei nº 9.720/98. Com a superveniência do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741 de 01.10.2003) a idade foi novamente reduzida para 65 anos (art. 34), idade esta constante do *caput* do art. 20 da Lei nº 8.742/93, na redação dada pela Lei nº 12.435/2011.

3. No tocante ao benefício devido à pessoa portadora de deficiência, a redação original da Lei nº 8.742/93 trazia como requisito a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Esta exigência, de que o portador de deficiência seja também incapaz para a vida independente, não se encontra prevista no art. 203 da Constituição Federal. E cuidando o benefício previsto pela LOAS da proteção social de atendimento a pessoas incapazes de sobreviver sem a ação do Estado, a incapacidade para a vida independente há de ser entendida em consonância com o princípio da dignidade humana e com os objetivos da assistência social: esta incapacidade se revela com a impossibilidade do necessitado, sem o amparo de alguém, de prover ao próprio sustento.

4. Para efeito de concessão do benefício, a Lei nº 8.742/93 contém no § 3º do art. 20 a previsão do critério de verificação objetiva da condição de miserabilidade, considerando incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

5. O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o referido dispositivo legal, ao apreciar o REsp nº 1.112.557/MG, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que o critério objetivo de renda per capita mensal inferior a ¼ (um

quarto) do salário mínimo - previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 - não é o único parâmetro para se aferir a hipossuficiência da pessoa, podendo tal condição ser constatada por outros meios de prova. Outrossim, ainda na aferição da hipossuficiência a Terceira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do incidente de uniformização de jurisprudência na Petição nº 7.203, firmou compreensão de que, em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser excluído do cálculo da renda familiar *per capita* qualquer benefício de valor mínimo recebido por maior de 65 anos, independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso.

6. Aponta o recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nºs. 580.963/PR e 567.985/MT, nos quais prevaleceu o entendimento acerca da inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS) e do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ao fundamento de que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não esgota a aferição da miserabilidade, bem como que benefícios previdenciários de valor mínimo concedido a idosos ou benefício assistencial titularizados por pessoas com deficiência devem ser excluídos do cálculo da renda *per capita* familiar.

7. Quanto ao termo inicial do benefício, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o benefício deve ser concedido a partir do requerimento administrativo e, na sua ausência, na data da citação (v.g. AgRg no AREsp nº 298.910/PB, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 23.04.2013, DJe 02.05.2013).

8. A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009, a partir da sua vigência (STJ, REsp nº 1.205.946/SP). Os juros de mora incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AgR nº 713.551/PR; STJ - Resp 1.143.677/RS).

9. No que se refere à verba honorária, esta deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. sentença (Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça), posto que de forma a remunerar adequadamente o profissional e em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (v.g. AgRg no Ag nº 1409885/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T., j. 27.03.2012, DJe 30.03.2012; EDcl no AgRg no REsp nº 1334414/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 28.05.2013, DJe 05.06.2013).

10. Agravo legal a que se dá parcial provimento para, reformando-se o julgamento anteriormente proferido, nos termos do art. 543-B, § 3º e 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, conceder à parte autora o benefício assistencial (LOAS), limitado, contudo, à data em que a renda familiar passou a ser autossuficiente à sua manutenção.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo legal da parte autora para, reconsiderando a decisão agravada, dar parcial provimento à apelação interposta pela autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Cuida-se de processo devolvido a esta Sétima Turma pela Vice-Presidência desta Corte, que determinou a aplicação do disposto nos artigos 543-B, § 3º, e 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil (fls. 214/216), com vistas à possível retratação, em razão de Recurso Especial interposto pela parte autora e em face da apreciação da questão de mérito pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 567.985/MT e RE 580.963/PR, e pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.112.557/MG, estes dois últimos julgamentos com repercussão geral, para apreciação de eventual dissonância da decisão recorrida com o entendimento consolidado desses Tribunais Superiores.

A parte autora propôs ação em face do INSS, pleiteando a concessão do benefício assistencial de prestação continuada (LOAS). Sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

A parte autora interpôs apelação sustentando o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício.

O órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

O *decisum* foi mantido por decisão singular do Exmo. Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, a qual negou provimento à apelação.

Inconformada, a parte autora interpôs agravo interno que, julgado pela Sétima Turma desta E. Corte, por unanimidade, foi desprovido. Interpôs, então, recurso especial, sendo que os autos foram remetidos a esta Relatoria para os fins do disposto nos artigos 543-B, § 3º e 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa para julgamento.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, *caput*, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei nº 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal *per capita* não superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de

qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que “o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor”. No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

No presente caso, pleiteia a parte autora a concessão de benefício de assistência social ao portador de deficiência.

Nesse passo, o laudo médico-pericial de fls. 55/56, realizado em 30/05/2007, concluiu que a autora é portadora de “transtornos mentais especificados decorrentes de lesão ou disfunção cerebrais e de doença física CID10: F06.8”, que a torna inapta para as atividades da vida civil.

Resta perquirir se a demandante pode ter a subsistência provida pela família.

A propósito, não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se o demandante poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, colhe-se do relatório social realizado em 27/11/2009 (fls. 90/91), que a requerente residia em casa própria, composta por 06 (seis) cômodos, em bom estado de conservação, em companhia de 02 (duas) pessoas: seu marido Sr. João Camargo dos Santos, 64 anos, aposentado, e seu filho Mauro Sérgio Camargo dos Santos, 26 anos, serviços gerais.

Relata, ainda, a Assistente Social que a renda familiar é proveniente do trabalho esporádico exercido pela autora como catadora de reciclagem, no valor de R\$ 50,00 ao mês, da aposentadoria de seu marido, no valor de R\$ 675,00, do trabalho esporádico de jardineiro exercido por ele, no valor mensal de R\$ 150,00, e do trabalho de seu filho na empresa Brascabos, no valor de R\$ 350,00.

Por outro lado, os extratos de tela obtidos junto ao sistema DATAPREV/CNIS, juntados às fls. 159/165 dos autos, demonstram que a autora possui um único registro no período de 01/10/1987 a 12/02/1988, o marido da autora está aposentado desde 01/11/1996, recebendo o valor de R\$ 873,38, e o filho da autora possui diversos registros, sendo o último com admissão em 17/08/2010 sem data de rescisão, com salários bem superiores ao mínimo legal.

Entendo, dessa forma, que restou satisfatoriamente demonstrada a situação de miserabilidade em que se encontrava a família da requerente até data da admissão do seu filho no

último emprego, fazendo jus, portanto, ao benefício ora pleiteado, a partir da data da citação (25/08/2006 - fls. 30), nos termos do disposto no art. 219 do Código de Processo Civil, limitado, contudo, a 17/08/2010, data da admissão do seu filho no último emprego.

No tocante aos juros e à correção monetária, note-se que suas incidências são de trato sucessivo e, observados os termos do art. 293 e do art. 462 do CPC, devem ser considerados no julgamento do feito. Assim, corrigem-se as parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, Resolução nº 134/2010 do CJF e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte.

Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do disposto no art. 406 do Código Civil e no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado no art. 5º da Lei nº 11.960/2009. Acresça-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

No que tange aos honorários advocatícios, em observância ao disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil e no enunciado da Súmula nº 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, esta Turma firmou o entendimento no sentido de que 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.

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Ante tais considerações, à vista do posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, em juízo de retratação, nos termos dos artigos 543-B, § 3º e 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, procedo à reforma do julgamento anteriormente proferido às fls. 184/188vº para DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL da parte autora para, reconsiderando a r. decisão agravada de fls. 157/158vº, DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação interposta pela autora, nos termos acima expostos.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0031447-40.2012.4.03.9999

(2012.03.99.031447-9)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 152/156

Interessado: JOSÉ RODRIGUES DA ROSA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE JACUPIRANGA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: AC 1772722

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2014

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SEGURADO FACULTATIVO. PERDA DA QUALIDADE. RECOLHIMENTO COM ATRASO. AUSÊNCIA DE CARÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

- Há equívoco de interpretação da normatização que rege a espécie, motivo pelo qual é viável emprestar ao recurso, excepcionalmente, caráter infringente.

- A Lei nº 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit.).

- No caso, houve a perda da qualidade de segurado entre os recolhimentos efetuados como segurado facultativo entre as competências de 04/2002 e 05/2003, visto que passados 12 (doze) meses. Destaque-se, ainda, que as contribuições recolhidas para as competências de 03/2002, 04/2002 e 05/2003 se deram com atraso.

- Assim, no ano de 2003, época em que o perito atestou a incapacidade, o autor não possuía qualidade de segurado nem carência, vez que a contribuição efetuada em 05/2003 se deu com atraso, não podendo ser computada para efeito de carência (inc. II, art. 27 da Lei 8.213/91). Ademais, não cumpriu a exigência do parágrafo único do art. 24 da Lei 8.213/91.

- Consigne-se, finalmente, que os males que acometem a parte autora não são isentos de carência.

- Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, deixo de condenar a parte autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, pois que beneficiária da assistência judiciária gratuita (TRF - 3ª Seção, AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 10.05.2006, v.u., DJU 23.06.06, p. 460).

- Embargos de declaração providos, com efeitos infringentes, para dar provimento à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido. Tutela antecipada revogada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento aos embargos de declaração, emprestando-lhes efeitos infringentes, para dar provimento à apelação do INSS e revogar a tutela antecipada*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de outubro de 2014.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo INSS, contra acórdão que negou provimento ao seu agravo legal, em autos de ação de rito ordinário, proposta com vistas à concessão de aposentadoria por invalidez (fls. 152-156).

Aduz o INSS, em breve síntese, que a parte autora contribuiu como empregado doméstico no período de 05/1997 a 02/2000. Perdeu a condição de segurado e voltou a efetuar recolhimentos previdenciários, na condição de segurado facultativo, para as competências de 02/2002 a 04/2002 e 05/2003. Sustenta o INSS que os recolhimentos como segurado facultativo foram realizados com atraso, motivo pelo qual não cumpriu a carência para concessão do benefício (fls. 158-160).

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Inicialmente, dadas as peculiaridades do presente caso, notadamente no que concerne ao evidente equívoco de interpretação da normatização que rege a espécie, entendo ser viável emprestar ao recurso, excepcionalmente, caráter infringente. A propósito, a jurisprudência não destoa de tal posicionamento, *verbis*:

Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de embargos declaratórios com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e não existindo no sistema legal outro recurso para a correção do erro cometido (STJ - 4ª Turma, REsp 1.757-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13.3.90, deram provimento, v.u., DJU 9.4.90, p.2745).

Cabem embargos de declaração com efeitos modificativos, para correção de erro relativo: - a uma premissa de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento (STF -1ª Turma, RE 207.928-6-SP-Edcl, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.4.98, receberam os embs., v.u., DJU 15.5.98, seç. 1e, p. 54); no mesmo sentido: RSTJ 39/289 e STJ-RJ 185/554, maioria; RSTJ 47/275, maioria.)

Os embargos declaratórios do INSS devem ser acolhidos.

A Lei nº 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit).

Assim, para a concessão do benefício pleiteado, faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a qualidade de segurado, o cumprimento do período de carência de 12 (doze) contribuições mensais, exceto nos casos legalmente previstos, e a constatação de incapacidade total e definitiva que impeça o exercício de atividade profissional.

No que tange à incapacidade, realizada perícia médica, concluiu o *expert* que a parte autora sofre de osteoartrose generalizada, obesidade, hipertensão arterial e diabetes, estando incapacitado de forma parcial e permanente, impedido de realizar atividades que exijam esforços físicos. Em resposta aos quesitos, asseverou o *expert* que a incapacidade data de 2003, quando houve agravamento.

Contudo, não faz jus ao benefício pleiteado, porque o v. Acórdão não examinou a questão da perda da qualidade de segurado e do recolhimento de contribuições, como facultativo, com atraso.

Destarte, no tocante a qualidade de segurado e cumprimento da carência, o autor demonstrou que manteve vínculos empregatícios, nos períodos de 13.03.83 a 01.08.83, 06.10.83 a 30.01.85, 23.05.85 a 29.05.85, 01.12.85 a 29.05.86, 25.06.86 a 19.09.86, 08.12.86 a 24.08.87, 24.09.91 a 01.04.92 e de 01.10.92 a 01.09.93. Efetuou recolhimentos como contribuinte individual para a função de empregado doméstico, para as competências de 05/1997 a 02/2000. Posteriormente, efetuou recolhimentos como contribuinte facultativo, para as competências de 02/2002 a 04/2002 e 05/2003.

Destarte, nos termos do inc. VI do art. 15 da Lei 8.213/91, o segurado facultativo mantém a qualidade de segurado até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições.

No caso, houve a perda da qualidade de segurado entre os recolhimentos efetuados entre as competências de 04/2002 e 05/2003, visto que passaram 12 (doze) meses. Destaque-se, ainda, que as contribuições recolhidas para as competências de 03/2002, 04/2002 e 05/2003 se deram com atraso.

Assim, no ano de 2003, época em que o perito atestou a incapacidade, o autor não possuía qualidade de segurado nem carência.

De fato, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei 8.213/91:

Parágrafo único. Havendo a perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

No mais, dispõe o inc. II do art. 27 da mesma Lei:

Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições:

I - (...).

II - realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso, referentes a competências anteriores, no caso dos segurados empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, referidos respectivamente, nos incisos II, V e VII do art. 11 e no art. 13.

Desta forma, apesar do laudo atestar a incapacidade parcial desde 2003, na condição de segurado facultativo o autor já havia perdido a condição de segurado, motivo pelo qual deveria contribuir com o mínimo de 1/3 da carência para readquirir tal condição.

Na hipótese, o autor, no ano de 2003, recolheu apenas uma contribuição, para a competência de 05/2003, sendo que tal recolhimento se deu com atraso, somente foi efetivado no dia 14.07.03 (fls. 106).

Consigne-se, finalmente, que os males que acometem a parte autora não são isentos de carência.

Destarte, a parte autora não faz jus ao benefício.

Outrossim, revogo a tutela antecipada anteriormente concedida na r. sentença. *Expeça-se ofício ao INSS*, instruindo-o com cópia da íntegra do acórdão.

Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, deixo de condenar a parte autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, pois que beneficiária da assistência judiciária gratuita (TRF - 3ª Seção, AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 10.05.2006, v.u., DJU 23.06.06, p. 460).

Posto isso, voto no sentido de ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E, EXCEPCIONALMENTE, EMPRESTAR-LHES EFEITOS INFRINGENTES, PARA DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS A FIM DE JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO. Verbas sucumbenciais na forma acima explicitada. REVOGO A TUTELA ANTECIPADA. Oficie-se.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000651-57.2013.4.03.6143
(2013.61.43.000651-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ BUENO DE OLIVEIRA (= ou > de 60 anos)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE LIMEIRA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 1986733
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - DECADÊNCIA - DEVOLUÇÃO DOS VALORES - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I - O pedido é de renúncia a benefício previdenciário e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo que se falar em decadência. O STJ já decidiu a matéria em sede de recurso repetitivo, julgamento em 27/11/2013 (RESP 1348301).

II - Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

III - O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

IV - As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

V - Não se trata de renúncia, uma vez que o(a) apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

VI - A desaposentação não se legitima com a devolução dos valores recebidos porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

VII - Pendente de análise pelo STF a questão constitucional, em sede de repercussão geral.

VIII - Providas a apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente o pedido. Sem honorários advocatícios e custas processuais, por ser o(a) autor(a) beneficiário (a) da assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação de desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso, de procedimento ordinário, movida contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em que o(a) autor(a) requer seja o réu condenado a reconhecer seu direito à renúncia ao benefício 088.442.676-4, espécie 42 (aposentadoria por tempo de contribuição), bem como a recalculá-lo o novo benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, considerando no cálculo o tempo de contribuição posterior à aposentadoria que atualmente recebe.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo o direito à desaposentação, sem a restituição dos valores recebidos da aposentadoria anterior. Fixada sucumbência recíproca, uma vez que o(a) autor(a) decaiu do pedido de retroagir os efeitos da sentença ao ajuizamento da ação.

Sentença não submetida ao reexame necessário, prolatada em 22/10/2012.

Apelou o(a) INSS, alegando a decadência do direito e pugnando pelo decreto de improcedência do pedido.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

A sentença ilíquida está sujeita ao reexame necessário, nos termos do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 1.101.727 (DJ 03.12.2009). Tenho por interposta a remessa oficial.

Não há que se falar em decadência ou em prescrição na desaposentação. O prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91 (redação dada pelas Leis 9.528/97, 9.711/98 e 10.839/2004), incide somente para os pedidos de revisão do ato de concessão do benefício, o que não é o caso dos autos. A prescrição, nas relações jurídicas de natureza continuativa, não atinge o fundo do direito, mas apenas as prestações compreendidas no quinquênio anterior à propositura da ação (Súmula 85 do STJ). O STJ já decidiu a matéria em sede de recurso repetitivo, julgamento em 27/11/2013 (RESP 1348301).

O raciocínio desenvolvido pelo(a) apelante é simples e assim pode ser resumido: como venho contribuindo para o sistema, mesmo depois de aposentado, tenho o direito a considerar

essas novas contribuições, ainda que, para isso, tenha de renunciar ao benefício atual com posterior requerimento de outro perante o RGPS.

Talvez o raciocínio pudesse ser empregado se estivéssemos diante de regime de previdência de capitalização, em que o segurado financia o próprio benefício para uma espécie de fundo de administração, cuja finalidade seria a concessão de um benefício futuro com base em tais contribuições.

Contudo, não foi esse o sistema de previdência adotado pelo constituinte de 1988, pois que optou por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais. Basta constatar as disposições dos arts. 194 e 195 da Constituição desde sua redação original.

Não há espaço para imaginar que as contribuições vertidas pelos segurados seriam destinadas à composição de cotas a serem utilizadas posteriormente em uma eventual aposentadoria.

O fato de o sistema prever o cálculo do benefício segundo a média salarial percebida pelo segurado (salário-de-benefício) no período anterior ao do requerimento do benefício ou do afastamento da atividade (art. 29 da Lei 8213/91) reflete mera escolha do legislador. Para tanto, basta observar que, para os servidores públicos, foi prevista sistemática diversa, com base na última remuneração, se observados os pressupostos.

Nesse contexto é que se insere o art. 18, § 2º, da Lei 8213/91, que, em todas as suas redações, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles expressamente relacionados:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Por isso, não se pode nem mesmo cogitar do pagamento de qualquer benefício que não os ali elencados, e, muito menos, de levar o período laboral utilizado para a concessão do benefício no RGPS para um outro regime.

O tema relativo às contribuições vertidas ao sistema após a aposentação foi levado à apreciação do STF por ocasião do julgamento da ADI 3105-DF, em que se apreciou a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos de que tratou a EC 41/2003. Segue a ementa:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar

direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submetta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

(Tribunal Pleno, ADI 3105 / DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ o Acórdão Min. CEZAR PELUSO, julgamento 18/08/2004, DJ 18-02-2005)

O que se questionava, dentre outros pontos, era a possibilidade de instituição de contribuições previdenciárias sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos se tais servidores jamais seriam beneficiados por elas - nas palavras do Min. Marco Aurélio: contribuições para o ALÉM.

Concluiu-se que, dentro do sistema previdenciário eleito pelo constituinte, os servidores inativos, por integrarem a sociedade, não poderiam invocar o direito de não contribuir, pois suas contribuições destinavam-se, também, a financiar todo o sistema, razão pela qual a exação foi tida por constitucional.

Embora não se trate, aqui, de contribuições incidentes sobre aposentadorias, o raciocínio a ser empregado é o mesmo, pois que, no passado, após a jubilação, o aposentado por tempo de serviço que permanecesse em atividade sujeita ao RGPS só tinha direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (arts. 18 e 81, II, da Lei 8213/91). Com a extinção

de tal benefício, pela Lei 8870/94, passou a ter direito somente ao salário-família e à reabilitação profissional. De modo que, com o seu retorno à atividade, suas contribuições passaram a financiar todo o sistema, não se destinando ao incremento de sua aposentadoria no RGPS ou ao acréscimo de tempo de serviço a ser levado a outro regime de previdência.

Pela clareza do posicionamento, transcrevo parte do voto do Min. Cezar Peluso, relator designado para o acórdão:

...

Sem avançar compromisso quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das modificações impostas, sublinho mais uma vez que, com o advento da Emenda nº 41/2003, o regime previdencial deixou de ser eminentemente contributivo para se tornar contributivo e solidário, como se infere límpido à redação que emprestou ao art. 40, *caput*, da Constituição da República.

15. Ditaram essa transmutação do regime previdencial, entre outros fatores político-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime.

Essa mesma tendência, observada já à época das Emendas nº 3/93 e nº 20/98, é que esteve à raiz das transformações do regime eminentemente solidário, em vigor antes da EC nº 3/93, para outro que, como regime contributivo e solidário, adotava a contribuição dos servidores ativos (art. 40, § 6º, acrescido pela EC nº 3/93), e, depois, para regime predominantemente contributivo, o da EC nº 20/98.

A crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais não é fenômeno recente, nem circunscrito ao país. Relatório do Banco Mundial, sob o título de “Averting the Old Age Crisis, Policies to Protect the Old and Promote Growth”, de 1994, já revelava tratar-se de persistente problema global. São patentes a atualidade e a pertinência do diagnóstico:

“O aumento da insegurança na velhice é um problema mundial, mas suas manifestações são diferentes nas diversas partes do mundo. Na África e em regiões da Ásia, os idosos compõem pequena parcela da população e há muito têm sido amparados por largas medidas familiares, cooperativas de ajuda mútua e outros mecanismos informais. Planos formais que envolvem o mercado ou o governo são rudimentares.

Mas, assim como a urbanização, mobilidade, guerras e a miséria enfraquecem a assistência familiar e os laços comunitários, os sistemas informais sentem-lhes o impacto. E este impacto é tanto maior onde a proporção da população dos idosos cresce rapidamente, em consequência dos progressos da medicina e do declínio da fertilidade. Para atender a essas novas necessidades, vários países asiáticos e africanos estudam mudanças fundamentais no modo com que provêm à seguridade social do idoso. O desafio é mudar para um sistema formal baseado na chamada garantia de renda, sem acelerar o declínio dos sistemas informais e sem trazer ao governo mais responsabilidades do que possa suportar.

Na América Latina, Leste Europeu e na ex-União Soviética, que já não podem sustentar os programas formais de seguridade social ao idoso, introduzidos há muito tempo, é ainda mais urgente a necessidade de reavaliar políticas.

Aposentadorias precoces e benefícios generosos têm exigido elevadas cargas de contribuições, acarretando difusa evasão fiscal.

O amplo setor informal da economia em muitos países da América Latina, por exemplo, reflete, em parte, os esforços de trabalhadores e empregadores para escaparem às contribuições sobre os salários. As conseqüentes distorções no mercado de trabalho, nesses países e em outras regiões, reduzem a produtividade, empurrando a carga das contribuições e o índice de evasão para níveis mais elevados, da mesma forma que a redução dos investimentos de longo

prazo e da acumulação de capital refreiam o crescimento econômico. Não surpreende, então, que tais países não têm sido capazes de pagar os benefícios prometidos. A maioria diminuiu o custo dos benefícios, ao permitir que a inflação lhes corroesse os valores reais. Quando o Chile enfrentou tais problemas há quinze anos, reformou a estrutura de seu sistema. Outros países latino-americanos estão passando por mudanças estruturais similares, e alguns países do Leste Europeu os estão observando. O desafio é encontrar um novo sistema e um caminho de transição que seja aceitável pelo idoso, que foi induzido a esperar mais, e que ao mesmo tempo seja sustentável e estimule o progresso para os jovens. Países membros da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) enfrentam problemas semelhantes, estagnadas, que se encontram, a idade de suas populações e sua produtividade. Programas públicos de seguridade social que cobrem praticamente toda a população têm pago elevados proventos de aposentadorias durante as últimas três décadas de prosperidade, enquanto a pobreza se reduziu mais rápido entre os idosos que entre os jovens. Mas, através das próximas duas décadas, a carga dos tributos tende a aumentar em muitos pontos percentuais, ao passo que o valor dos benefícios tende a cair. Isso intensificará o conflito entre as gerações de aposentados (alguns dos quais ricos), que recebem pensões públicas, e os jovens trabalhadores (alguns dos quais pobres), que estão pagando altas taxas para financiar esses benefícios, mas que nunca poderão reembolsar-se.

Tais modelos de seguridade social podem, ademais, desencorajar o emprego, a poupança, e o capital produtivo, contribuindo desse modo para estagnação da economia. Muitos países da OECD parecem inclinar-se para adoção de sistema que combine planos de pensão públicos, - destinados a atender às necessidades básicas, com planos privados de pensão ou programas pessoais de poupança, para satisfazer às cada vez mais elevadas exigências das classes média e alta. O desafio é introduzir reformas que sejam boas para o país, a longo prazo, ainda que isso implique subtração de benefícios esperados por alguns grupos, em curto prazo.

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapassionado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, porque subjaz como fonte da razão normativa (*ratio iuris*) à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.

16. Conforme já notamos, a vigente Constituição da República, moldou um sistema de seguridade social baseado nos objetivos ou princípios capitulados no art. 194, § único, que reza:

“I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”.

O art. 195, *caput*, firmou outro princípio sistemático fundamental, agora para definição do alcance das fontes de custeio, preceituando que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta”, e, no § 5º, editou a chamada regra de contrapartida, que dispõe: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

O art. 40, *caput*, com a redação dada pela EC nº 41/2003, assegura aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações, regime previdenciário de “caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.

E o art. 4º da EC nº41/2003 impôs aos inativos e pensionistas, em gozo de benefícios à data de

sua publicação, a obrigação de contribuir para o custeio do regime de que trata aquele art. 40. Mas argüem, em suma, os requerentes que seria inválida tal imposição, e sua invalidez decorreria da ausência de causa suficiente para a contribuição (i), de ofensa ao direito adquirido (ii) e ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos (iii), de bitributação em relação ao imposto de renda (iv) e de lesão ao princípio da isonomia (v).

17. Abstráida a demonstração, anterior e exaustiva, da sua substancial fraqueza retórica, os três primeiros argumentos (i, ii e iii) enganam-se ainda ao pressupor ao regime previdenciário constitucional, como premissa indisfarçável do raciocínio, um cunho eminentemente capitalizador e contributivo, entendido segundo a matriz da relação jurídica de direito privado, de perfil negocial ou contratual, que é domínio dos interesses patrimoniais particulares e disponíveis.

Sua lógica está em que, se o servidor contribuiu durante certo período, sob hipotética promessa constitucional de contraprestação pecuniária no valor dos vencimentos durante a aposentadoria, teria então, ao aposentar-se, direito adquirido, ou adquirido direito subjetivo a perceber proventos integrais. Desconto da contribuição, pelo outro contraente, tipificaria aí redução, sem causa jurídica, do valor da contraprestação pré-acordada.

Ninguém tem dúvida, porém, de que o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da Constituição da República, não é nem nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado, e, tampouco de que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno privilegiado de transcendentais interesses públicos ou coletivos.

18. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice, e, conforme o art. 195 da Constituição da República, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se princípio estrutural da solidariedade.

Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais.

Os servidores públicos em atividade financiavam os inativos e, até a EC nº 3/93 os servidores ativos não contribuía, apesar de se aposentarem com vencimentos integrais, implementadas certas condições. A EC nº 20/98 estabeleceu regime contributivo e, com coerência, obrigou à observância do equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto princípios mantidos pela EC nº 41/2003.

Teria, com isso, a Emenda instituído regime semelhante ou análogo ao chileno? A resposta é imediatamente negativa.

O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do art. 194, § único, quais sejam: i) universalidade; ii) uniformidade; iii) seletividade e distributividade; iv) irredutibilidade; v) equidade no custeio; vi) diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um regime híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo.

Os elementos sistêmicos figurados no “tempo de contribuição”, no equilíbrio financeiro e atuarial e na regra de contrapartida não podem interpretar-se de forma isolada, senão em congruência com os princípios enunciados no art. 194, § único, da Constituição.

Da perspectiva apenas contributiva (capitalização), seria inconcebível concessão de benefício previdenciário a quem nunca haja contribuído (universalidade e distributividade) e, muito menos, preservação do valor real da prestação (irredutibilidade do valor) e sua revisão automática proporcional à modificação da remuneração dos servidores em atividade (art. 7º da EC nº 41/2003), o que, na aguda percepção do Min. OCTÁVIO GALLOTTI, importa, não mera atualização, mas elevação do valor intrínseco da moeda.

Não é esse o perfil de nosso sistema previdenciário.

19. O art. 3º da Constituição tem por objetivos fundamentais da República: “i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ... iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, *caput*, deve ser financiada por toda a sociedade, de forma equitativa (art. 194, § único, V). De modo que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se.

Não quero com isso, é óbvio, sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão do benefício, pois, o caráter contributivo, o equilíbrio atuarial, a regra de contrapartida e a equidade na repartição dos custos do sistema impedem se exijam ao sujeito passivo valores desarrazoados ou desproporcionais ao benefício por receber, enfim de qualquer modo confiscatórios. Os limites estão postos no sistema e devem analisados em conjunto.

20. No caso, relevam apenas os limites quanto à sujeição passiva.

Quanto aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria, a Constituição delimita-lhes, ainda que de forma indireta, os fatos geradores e os sujeitos passivos possíveis, ao predefinir as respectivas materialidades nos arts. 145, II, III, 153, 155 e 156.

Em relação aos empréstimos compulsórios e às outras contribuições, traça-lhes apenas finalidades vinculantes, mediante outorga de competência à União para instituir os primeiros com o fito de “atender a despesas extraordinárias” (art. 148, I) e a “investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional” (art. 148, II), e, as segundas, para fins “de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas” (art. 149, *caput*).

E, no que concerne às contribuições sociais, em cuja classe entram as contribuições previdenciárias, a Constituição lhes predefine algumas materialidades, com especificação do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo, reservando competência à União para instituir “outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I” (art. 195, § 4º). Às demais contribuições limita-se a apontar a finalidade, a destinação e o regime jurídico, sem explicitar os fatos geradores nem os sujeitos passivos, os quais serão, pois, identificados dentre aqueles que guardem nexos lógico-jurídico com a finalidade constitucional do tributo.

21. Como se vê, o singular regime constitucional das contribuições responde a variantes axiológicas diversas daquelas que inspiram e orientam o dos impostos e das taxas.

O sujeito passivo não se define como tal na relação jurídico-tributária da contribuição por manifestar capacidade contributiva, como se dá nos impostos, nem por auferir benefício ou contraprestação do Estado, como se passa com as taxas, mas apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo de que se cuide. Ao propósito, acentua a doutrina:

“Um segundo conceito vai definir a estrutura das contribuições. Para os impostos, este segundo conceito é o de manifestação de capacidade contributiva; para as taxas é a fruição individual da atividade estatal e, para as contribuições, é a qualificação de uma finalidade a partir da qual é possível identificar quem se encontra numa situação diferenciada pelo fato

de o contribuinte pertencer ou participar de um certo grupo (social, econômico, profissional). Isto leva à identificação de uma razão de ser diferente para cada uma das figuras.

Se alguém perguntar: por que pagam-se impostos? Eu responderia que pagam-se impostos porque alguém manifesta capacidade contributiva e, por isso, pode arcar com o ônus fiscal. Por que paga-se taxa? Paga-se taxa porque o contribuinte usufrui de certa atividade estatal ou recebe certa prestação, daí a idéia de contraprestação. E, por que paga-se contribuição? Paga-se contribuição porque o contribuinte faz parte de algum grupo, de alguma classe, de alguma categoria identificada, a partir de certa finalidade qualificada constitucionalmente, e assim por diante. Alguém 'faz parte', alguém 'participa de' uma determinada coletividade, encontrando-se em situação diferenciada, sendo que, desta participação, pode haurir, eventualmente (não necessariamente), determinada vantagem.

O critério apóia-se numa qualidade (fazer parte) e não numa essência (fato determinado) ou utilidade (benefício/vantagem)". (MARCO AURÉLIO GRECO, Contribuições, ..., p. 83).

Com as mudanças introduzidas pela EC nº 41/2003, tem-se a existência teórica de três grupos de sujeitos passivos da contribuição previdenciária: i) os aposentados até a data da publicação da Emenda; ii) os que se aposentarão após a data da sua edição, tendo ingressado antes no serviço público; iii) os que ingressaram, ingressarão e se aposentarão, tudo após a publicação da Emenda.

Os do primeiro grupo aposentaram-se, de regra, com vencimentos integrais; os do segundo grupo, numa fase de transição, também poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as normas do art. 6º da EC nº 41/2003; e os componentes do terceiro grupo poderão, no caso do § 14 do art. 40 da Constituição, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência (art. 201) e equivalente a dez salários mínimos.

Os servidores aposentados antes da edição da EC nº 41/2003 não estão à margem do grupo sócio-econômico, conexo à finalidade da previdência social; antes, porque sua subsistência pessoal depende diretamente dos benefícios pagos, interessa-lhes sobremodo a manutenção do sistema.

A circunstância de estarem aposentados não lhes retira de per si a responsabilidade social pelo custeio, senão que antes a acentua e agrava, à medida que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa. Enquanto os primeiros se aposentaram com os vencimentos integrais, os que ingressarem após a edição da Emenda poderão, pelo regime público (art. 40, § 14) receber, no máximo, o valor correspondente a dez salários mínimos, com abstração do montante dos vencimentos percebidos à época da aposentadoria. E, porque os servidores só entraram a contribuir desde a Emenda Constitucional nº 3/93, existem, ou podem existir, servidores agora inativos com proventos equivalentes à última remuneração, sem nunca terem contribuído para o custeio do sistema.

Esse tratamento tributário diferenciado encontra justificação no conjunto de elementos político-normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, pelo imperativo de solidariedade social, pela distribuição eqüitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento. Seria desproporcional e, até injusto, sobrecarregar o valor da contribuição dos servidores ativos para concorrerem à manutenção dos benefícios integrais dos inativos, sabendo-se que os servidores ora em atividade (grupo iii) poderão, à aposentadoria, receber, no máximo, proventos cujo valor não ultrapassará dez salários mínimos, de modo que, fosse outro o tratamento, contribuiriam, para manter benefícios equivalentes a proventos integrais, mas receberiam até o limite do regime geral da previdência.

O caráter contributivo e solidário da previdência social impede tal distorção, que afrontaria ainda o princípio da "equidade na forma de participação de custeio", objeto do art. 194, § único, IV, da Constituição da República.

Conforme se vê, as contribuições vertidas após a aposentação não se destinam a com-

por um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

“Renúncia”, no caso, é a denominação utilizada para contornar o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico. A ausência de previsão legal reflete, precisamente, a proibição, e não a permissão de contagem do tempo, pois que, em termos de sistema, o aposentado por tempo de serviço que retorna ou permanece em atividade contribui para o regime como um todo.

Todavia, não se trata de renúncia, uma vez que o(a) apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende, em verdade, trocar o que recebe por outro mais vantajoso.

Ademais, que renúncia é essa em que não se cogita de devolução de tudo o que foi recebido a título de aposentadoria por tempo de serviço?

Ainda que o(a) autor(a) manifeste interesse em devolver os valores dos proventos da aposentadoria que vem recebendo, o pedido não poderia ser atendido. A ausência de previsão legal obsta a referida devolução. Isso porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. O(a) apelante fez as opções erradas - ou certas, segundo o raciocínio que empreendeu à época em que requereu a aposentadoria. Não pode, agora, pleitear que toda a coletividade arque com o pagamento de benefício para o qual não há suporte legal e, muito menos, fonte de custeio.

A adoção da tese defendida pelo(a) apelante poderá levar a situações em que todo segurado do RGPS, potencialmente, todos os anos comparecerá ao Judiciário para pleitear a revisão de seu benefício, pois com a incidência do fator previdenciário sobre a média salarial, a cada ano trabalhado poderá fazer incidir sobre o mesmo a sua idade - mais avançada - e o novo tempo de contribuição - mais um ano.

O sistema previdenciário brasileiro tem se orientado no sentido de evitar a aposentadoria precoce, pois que isso vem exigindo enorme carga de contribuições da sociedade.

No caso das aposentadorias por tempo de serviço, a alternativa encontrada foi a de diminuir, drasticamente, o valor do benefício, pois isso põe o segurado a pensar se vale a pena pleitear o benefício prematuramente em troca de uma inatividade com poucos recursos.

Ora, se o objetivo sempre foi esse, qual seria a lógica da desaposentação? Conceder a desaposentação equivaleria a permitir exatamente o contrário, estimulando o aproveitamento do tempo de serviço laborado após a aposentação, para fins de incremento do valor do benefício, ao argumento de ausência de proibição legal/constitucional.

A se admitir tal tese, estaria consolidada, definitivamente, a autorização para a aposentadoria precoce, pois que nenhum trabalhador abriria mão de se aposentar mais cedo, recebendo de duas fontes - uma, pública: a aposentadoria; e a outra, privada: os salários da empresa; ou, no caso de servidor público, da remuneração do cargo ocupado -, pois que teria direito de acrescentar mais tempo de serviço àquele que considerou por ocasião da concessão do benefício originário.

E isso funcionaria em qualquer regime. No RPPS, com o cancelamento do benefício originário (aposentadoria por tempo de serviço proporcional ou integral), concedido no âmbito do RGPS, e expedição de certidão de tempo de serviço laborado em tal regime para averbá-lo junto ao ente público estatal. No RGPS, afastando o coeficiente de cálculo da aposentadoria proporcional ou, mesmo o fator previdenciário, importantes limitadores do salário de benefício e, conseqüentemente, do valor da renda mensal da aposentadoria. Tudo isso com enorme

aumento do passivo do sistema sem qualquer autorização legal, em manifesta contrariedade ao que dispõe o art. 195, § 5º, da CF.

Dir-se-á que a norma é destinada aos legisladores, mas como extrair da legislação autorização de novo cálculo do benefício, com nova contagem de tempo de serviço posterior ao jubramento sem qualquer previsão legal, mínima que seja?

Ou se dirá, ainda, que tal interpretação decorre do sistema. Mas, é precisamente a interpretação sistemática do ordenamento jurídico que conduz à conclusão da impossibilidade de majoração do valor do benefício por conta de um tempo de serviço laborado posteriormente à concessão da aposentadoria, pois que o único benefício pecuniário que era permitido - o pecúlio - foi revogado, e os coeficientes de cálculo das aposentadorias por tempo de serviço concedidas prematuramente têm sido cada vez menores por conta da incidência do fator previdenciário, que levam em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida do segurado ao se aposentar.

Por outro lado, se a desaposentação é permitida por nosso sistema previdenciário, qual o número de vezes em que o obreiro poderá pleiteá-la?

Sim, porque quem pleiteia uma vez, poderá fazê-lo um sem número de vezes até se aposentar compulsoriamente. E com amplo interesse, pois com a incidência, hoje, do fator previdenciário - que, como ressaltado, leva em conta, na sua fixação, fatores como o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida, -, a cada mês que passa, o obreiro poderá pleitear novo recálculo do valor do benefício, objetivando, sempre, a melhor prestação. Tudo isso sem nenhuma disciplina legal, ocasionando ampla insegurança jurídica ao ente previdenciário que, quando pensava ter, finalmente, cumprido a sua missão constitucional - atender à contingência constitucionalmente protegida - nova contingência (!?) é reclamada.

Nem se alegue que houve contribuição para isso, pois que o sistema é projetado para funcionar de forma solidária, uma vez que, se somarmos, rigorosamente, as contribuições vertidas somente pelo segurado, veremos que elas não serão suficientes para custear nem mesmo o seu benefício, sendo necessário o aporte de outros recursos, que vêm de outras fontes de financiamento.

Façamos uma conta rápida - sem considerar a inflação presente no sistema -, de um indivíduo que começa a contribuir aos 18 anos de idade, por 35 anos, sobre R\$ 1.000,00, a uma alíquota de 11%. Veremos que, ao final do período terá acumulado uma reserva de R\$ 46.200,00, que será suficiente à cobertura de pouco mais de 46 meses de aposentadoria pelo mesmo valor do referido salário-de-contribuição (R\$ 1.000,00). E o restante do período, quem irá custeá-lo? Daí a importância das demais fontes de financiamento - dentre elas as contribuições vertidas após a jubilação.

Antes da Lei nº 8.870/94, para estimular a formalização do emprego para os aposentados que retornavam à atividade, era prevista a devolução das contribuições sob a forma de um pecúlio. Contudo, tal benefício foi extinto sem que se previsse, legalmente, qualquer outra forma de compensação em decorrência de tal extinção, tudo a demonstrar que o sistema está cada vez mais necessitando de recursos para financiar o pagamento dos necessitados de proteção social. Daí a instituição do fator previdenciário, cujo principal objetivo é retardar o momento da aposentadoria.

Ora, se, para a instituição de um fator inibidor da aposentação foi necessária a intervenção do legislador, o que se dizer de um fator estimulador? Sim, porque, permitida a desaposentação, sem a exigência de idade mínima, permissão para a contagem de tempo de serviço desde tenra idade, dentre outros fatores estimuladores, não haverá espaço - administrativa e

judicialmente - para tantos pedidos de desaposentação.

Tem-se sustentado que não se pode admitir contribuições por parte do segurado sem uma contraprestação por parte do ente segurador. O tema foi analisado no julgamento acima mencionado, agora nas palavras do Min. Eros Grau:

...

18. O que há, na hipótese, é relação institucional, adstrita a normas cogentes de Direito Administrativo, sendo perfeitamente possível a revisão de suas regras, a fim de resguardar-se o interesse público e a continuidade da prestação por parte do Estado.

É no quadro desta relação que haveria de ser considerada a referibilidade direta da contribuição a uma atuação concreta-atual ou potencial do Estado.

19. O segundo aspecto diz com a afirmação de que, embora a contribuição seja um tributo, *sua incidência sobre aposentadorias e pensões importaria quebra de sinalagma.*

Não é porém correta a suposição de que a relação previdenciária seja dotada de caráter sinalagmático.

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e a contraprestação (*obligatio ultro citroque*).

Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

...

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e contraprestação (*obligatio ultro citroque*).

Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des].

Essa ligação funcional entre as duas prestações - que assume relevância tanto no momento da conclusão do contrato [sinalagma genético] quanto no momento da sua execução [sinalagma funcional] - é típica dos contratos onerosos, nos quais, na dicção de MOTA PINTO, “cada uma das prestações ou atribuições patrimoniais é o correspondente (a contrapartida) da outra, pelo que, se cada parte obtém da outra uma vantagem, está a pagá-la com um sacrifício que é visto pelos sujeitos do negócio como correspondente”.

Mas o sinalagma não significa real e objetiva equivalência entre prestação e contraprestação, sendo possível - ainda a dicção de MOTA PINTO - a “falta de equivalência objetiva ou usual das atribuições patrimoniais”. E prossegue: “no negócio oneroso as partes estão de acordo em que a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem”.

Efetivamente como observa SERPA LOPES “nos contratos bilaterais, o que prepondera é a vinculação de uma prestação a outra, característico do sinalagma, genético para uns (vinculação originária das prestações), funcional para outros (vinculação na execução das obrigações)”.

Não há sinalagma no caso, visto inexistir, nele, relação contratual, menos ainda contrato bilateral oneroso que o tenha estabelecido.

20. *Pois é certo que o Estado, no caso da relação previdenciária, encontra-se em situação de dever. Não é titular de quaisquer direitos no bojo dessa relação, cujo outro pólo é ocupado pelo aposentado ou pelo pensionista.*

A relação previdenciária decorre da lei, sem querer [=vontade] a caracterizá-la, ainda que nela sejam apontados traços similares aos de um contrato. Mas não há sinalagma a justificá-la. Sinalagma é liame entre obrigação e obrigação. Não há, nem pode haver, sinalagma entre dever e obrigação.

O Estado, nessa relação, está vinculado pelo dever de pagar aposentadorias e pensões, nos termos da lei. Não cumpre prestação, no sentido obrigacional, próprio à teoria geral dos

contratos. O conteúdo das prestações, na relação previdenciária, é conformado pela lei. Sem penetrar considerações atuariais - cuja veracidade, de resto, é de ser presumida - anoto que o Estado está vinculado pelo dever de pagar aquelas aposentadorias e pensões, dele não sendo possível exigir-se o impossível.

21. Além de tudo, a atribuímos caráter contratual à relação previdenciária - e o faço apenas para argumentar, visto que ela, relação previdenciária, não decorre de nenhum ato de vontade, mas da lei - seríamos compelidos a, nas circunstâncias de fato presentes, cogitar da sua revisão, o que nos conduziria a indagar do rompimento ou não rompimento do equilíbrio econômico da relação.

Isso não seria, no entanto, admissível em ADI.

Ainda assim lembro aqui voto do Ministro PAULO BROSSARD na ADI 493 -- o ato jurídico perfeito cederia diante da teoria da imprevisão. Palavras do Ministro BROSSARD: “É interessante que a velha cláusula medieval da ‘rebus sic stantibus’ tivesse sido, ‘redescoberta’ em 1.912, por um jovem jurista italiano, OSTI (...)”, cuja evolução autoriza a modificação substancial de cláusulas de contratos em pleno vigor, de atos jurídicos perfeitos.

Ademais, como observa FRANZ NEUMANN, nenhum sistema social, nem mesmo o mais conservador, no sentido literal do termo, pode apenas conservar, pois até mesmo para tanto será preciso mudar.

22. Vê-se para logo, assim, que a tese da quebra de sinalagma na relação previdenciária não é sustentável.

Estamos diante de tributo cujo fato gerador é a percepção de determinada parcela de proventos e pensões. E, vimos acima, a percepção do benefício pode perfeitamente ser eleita pelo direito como sua hipótese de incidência.

O paralelo entre sistema estatutário [ativos versus inativos] e sistema previdenciário [contribuintes versus beneficiários] não me parece adequado, salvo se o regime do segundo não pudesse ter sido alterado. Como isso pode se dar - pois não há direito adquirido a regime jurídico - o paralelismo perece.

A contribuição tem de ser considerada no quadro dessa relação, à qual a lei - e mais ainda emenda constitucional - aplica-se imediatamente.

A propósito, retornando a CELSO ANTÔNIO, diz ele ser nítida a “imediata aplicação das modificações [inclusive de ordem tributária, completo eu, na linha de pensamento do eminente professor da PUC de São Paulo] que incidam sobre as situações gerais”.

23. - Passo a outro capítulo, no qual a afirmação de que o § 5º do artigo 195 da Constituição ensinaria a conclusão de que a instituição de nova exação previdenciária apenas se justificaria desde que estabelecido novo benefício. No julgamento da ADI 2.01 foi dito que “[s]em causa eficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício”.

O raciocínio, contudo, não procede no regime instalado pelo artigo 195, caput da Constituição, de caráter contribuinte [contributivo] e solidário.

24. - O artigo 195 da Constituição do Brasil dispõe que “a seguridade será financiada por toda a sociedade ...” e o § 5º desse artigo apenas impõe ao legislador a vedação de ser criado, majorado ou estendido benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Esta não é a hipótese. O benefício (da aposentadoria) já está criado.

O que se tem - isso poderia ser dito - é a instituição de outra fonte de custeio para garantir a manutenção de benefício da seguridade [para o que era exigido apenas lei complementar - artigo 195, § 4º).

Os benefícios da previdência social estão previstos no capítulo da Seguridade Social, que - repita-se - é financiada por toda a sociedade. Não há, em qualquer das disposições veiculadas pelo artigo 201, nenhuma garantia de que, concretizada a percepção de qualquer benefício

previdenciário - auxílio-reclusão, etc. - deixaria de ser exigida qualquer contribuição. Por outro lado, o fato de ser assegurado o direito à inativação remunerada somente após longo período de contribuição não significa exaurimento da obrigação de contribuição para a seguridade social, dado que o servidor, por haver se aposentado, não está excluído da fruição de outros benefícios previdenciários mantidos pela seguridade social.

O artigo 201, § 7º ao conjugar contribuição e idade, somente deixou assente a partir de que momento estava assegurada a aposentadoria - apenas fixou os requisitos a serem atendidos para que o servidor possa aposentar-se. Em nenhum momento o preceito assegura que, cumpridos esses requisitos, ele seria titular de direito a não mais contribuir. Isso é bem nítido também. Ademais, é bem sabido que a aposentadoria é apenas um dos benefícios da previdência social.

25. O raciocínio que estou a recusar parte de uma leitura invertida do preceito contido no § 5º do art. 195 da Constituição do Brasil, visto que a correlação presente neste dispositivo tem apenas uma via, ou seja, a de que nenhum benefício será instituído sem fonte de custeio. Insisto em que a interpretação a contrario sensu só teria sentido em um sistema exclusivamente contributivo. E que não há, no texto constitucional, menção à situação inversa, no sentido de que a cada contribuição criada deva corresponder um benefício específico. De mais a mais e neste passo retorno ao quanto anteriormente observado - não é admissível a instalação de sinalagma na relação previdenciária, o que estaria sendo pretendido mediante a prática dessa leitura. Isso assim não pode ser, salvo se pretendêssemos voltar ao passado, para reproduzir o debate já aquietado na doutrina e na jurisprudência - a propósito da natureza da relação de emprego público, com opção pela teoria contratual, há muito vencida pela teoria estatutária [ver, por todos, RE 20.988/SP].

Lembre-se que o servidor, ao aposentar-se, não perde o vínculo que o jungia, enquanto ativo, à Administração, eis que é dela (federal, estadual ou municipal) que sairão os recursos para pagá-lo.

Essa vinculação é transferida para o pensionista, estando positivada na Constituição de 1.988 na medida em que ela define que os proventos de aposentadoria e as pensões não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão (Constituição do Brasil, artigo 40, § 2º; veja-se a EC 20/98). A contribuição exigida do servidor em atividade é condição de sua aposentadoria, bem assim da pensão por morte devida aos seus dependentes. Os proventos de sua aposentadoria estão sujeitos ao teto de vencimentos fixado para a Administração Pública em geral (artigo 40, § 11) e a pensão por morte do servidor não poderá ser superior à remuneração percebida pelo de cujus (artigo 40, § 2º).

26. - Insisto em que essas relações decorrem da lei e não de qualquer ato de vontade, como observam os Ministros MOREIRA ALVES e CELSO DE MELLO nos arestos acima mencionados. (...)

Adaptando as palavras do ministro ao caso concreto, as contribuições previdenciárias vertidas ao sistema após a aposentação são tributos cujo fato gerador é a percepção de salários (no caso do RGPS) ou remuneração (no caso do RPPS), não se podendo opor a tal relação jurídica compulsória a ausência de contraprestação - que faria sentido num regime exclusivamente contributivo -, por conta, precisamente, do princípio da solidariedade, tantas vezes aqui citado.

Observe-se que o ministro ainda alude a outro fundamento constantemente manejado para afastar a incidência de contribuições, qual seja, a ausência de causa eficiente, pois que a instituição de nova exação previdenciária só se justificaria desde que estabelecido novo benefício, que, no caso em apreço, seria uma aposentadoria mais encorpada, mediante a aplicação da teoria da desaposestação. Contudo, lembra que, no julgamento da ADI 2010, tal fundamento foi devidamente afastado, pois, no regime de previdência implantado pelo constituinte de 88,

de caráter contributivo e solidário, não se exige, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

Aos defensores da teoria da desaposentação impressiona o fato de serem efetuadas contribuições sem qualquer possibilidade de contraprestação ao segurado contribuinte. Daí defenderem a renúncia ao benefício e imediata concessão de outro, da mesma espécie, com acréscimo de tempo de contribuição, idade e novos salários-de-contribuição.

O tema foi exaustivamente apreciado pelo STF, no julgamento acima citado, merecendo ser transcrito, aqui - apesar de renovar outros já apresentados -, os fundamentos expostos pelo Min. Gilmar Mendes:

Sem dúvida, a redação dada ao *caput* do art. 40 pela Emenda 20 assegurou aos servidores regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial. Essa imposição é reproduzida no *caput* do art. 201 da Constituição. O princípio do “equilíbrio financeiro e atuarial” contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões.

No que se refere ao equilíbrio atuarial, portanto, exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício. Ocorre que a Constituição já dispõe sobre o valor dos benefícios previdenciários dos servidores públicos. Assim, para se cumprir o mandamento constitucional de preservação do mencionado equilíbrio, reconhecido inclusive por este Supremo Tribunal Federal (ADIn's 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo nº 181), resta ao Estado tão-somente disciplinar a questão da contribuição. Todavia, o valor da contribuição incidente sobre a remuneração dos servidores em atividade não poderia implicar confisco, nem assumir valores exorbitantes, tornando insustentável a vida financeira do indivíduo.

Com efeito, existem evidentes limites factuais e normativos para a elevação das alíquotas das contribuições previdenciárias dos servidores em atividade. Destarte, evidencia-se a importância de que todos os beneficiários do regime de previdência social do servidor público, inclusive os servidores inativos, concorram para a solidez e manutenção do sistema previdenciário, assegurando-lhe tanto o equilíbrio financeiro entre receitas e despesas quanto o equilíbrio atuarial entre contribuições e benefícios.

...

Outro argumento que se coloca é da chamada “causa suficiente”.

O Ministério Público Federal reproduz, em seu parecer, argumento no sentido de uma alegada ausência de causa suficiente para a instituição da contribuição dos inativos. Para tanto, arrima-se em trecho da decisão proferida por esta Corte na ADI 2010, em que se teria assentado que “sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição da seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício”.

Em primeiro lugar, não se afigura correta simples extensão desse entendimento firmado na ADI 2010, dirigido ao legislador infraconstitucional.

Não parece acertado pressupor, desde logo, que o legislador constituinte esteja vinculado, ao menos de um modo irrestrito, ao regime contributivo, ou ainda, a um modelo de completa correspondência entre contribuição e benefício. Não se nega, obviamente, que a Constituição almeja um sistema baseado especialmente na ideia do regime contributivo, em que os potenciais beneficiários, ao longo de sua vida profissional ativa, depositam recursos em um fundo que, no futuro, lhes devolverá tais recursos na forma de proventos de aposentadoria. Essa de fato é a ideia básica e o princípio de natureza atuarial concebido para viabilizar a existência e a eficiência do sistema previdenciário.

Mas daí não se pode chegar à conclusão de que qualquer obrigação tributária para fins previdenciários deva ter no futuro um benefício que corresponda de um modo exato àquele ônus. Além da evidente inviabilidade prática desse tipo de percepção, não há exigência constitucional nesse sentido, e muito menos uma cláusula pétrea a estabelecer tal limitação específica. Não estou, obviamente, endossando entendimento no sentido de que qualquer ônus a ser estabelecido para os beneficiários da Previdência podem ser livremente fixados pelo legislador, ainda que legislador constituinte. Os parâmetros constitucionais de controle existem, inclusive as cláusulas pétreas. O que quero afastar desde logo é um argumento que com a devida vênia não parece ter esse amparo constitucional.

Isto porque, a par do caráter contributivo, vigora o princípio da solidariedade. Nesse sentido o preciso ensinamento de Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos, *verbis*:

“Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à ideia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras.

Pois bem: o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na ideia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte.

A vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. Como bem captou o Ministro Sepúlveda Pertence: Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico, contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

‘Contribuição social é um tributo fundado solidariedade social de todos para financiar atividade estatal complexa e universal, como é a seguridade.’”

Em suma, o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse específico tributo, é com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário. Daí não haver qualquer incoerência na inclusão dos inativos e pensionistas entre os contribuintes do sistema. Tal fato obviamente sequer desnaturaliza o que é peculiar à contribuição previdenciária, qual seja a vinculação dos seus recursos à manutenção do regime de previdência, com a solvabilidade do sistema e, em última instância, com a capacidade econômica do sistema em honrar os benefícios previdenciários. Tal situação, por certo, jamais poderia ser confundida com a do imposto de renda.

Não vejo, portanto, qualquer razão para que seja estabelecida uma restrição absoluta à instituição para a contribuição dos inativos, tendo em vista esta alegada inexistência de causa suficiente.

(..).

Conforme se extrai dos fundamentos, o sistema previdenciário brasileiro é contributivo, mas se baseia na solidariedade, cujo motor principal é a participação de toda a coletividade no financiamento do sistema, o que afasta a necessidade de correspondência entre custeio e benefício, próprio dos sistemas eminentemente contributivos.

O STJ, em sede de recurso repetitivo, julgou o REsp 1334488, em 08/05/2013:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

Após a oposição de dois embargos de declaração do julgado, a questão restou assim assentada:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. VÍCIO INEXISTENTE. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.

1. Trata-se de segundos Embargos de Declaração contra decisão proferida em Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que estabeleceu que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação”, ocasião em que o Relator, Min. Herman Benjamin, ressaltou seu entendimento pessoal.

2. A Primeira Seção acolheu parcialmente os primeiros Embargos de Declaração para determinar que “a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à *aposentadoria a que se renunciou*”.

3. Esta Seção desproveu o recurso da autarquia com fundamento claro e suficiente, inexistindo omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

4. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional (arts. 5º, XXXVI; 195, *caput* e § 5º; e 201 da CF) em Recurso Especial, mesmo que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

5. Embargos de Declaração rejeitados.

Como se verifica à simples leitura do acórdão relativo aos segundos embargos de declaração opostos (item 4), resta ainda analisar a questão constitucional, pendente de julgamento no STF, em sede de repercussão geral. Referida análise é pressuposto de aplicabilidade do julgamento do recurso repetitivo que, ademais, não transitou em julgado.

DOU PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para julgar improcedente o pedido. Sem honorários advocatícios e custas processuais, por ser o(a) autor(a) beneficiário (a) da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0002912-82.2013.4.03.6114
(2013.61.14.002912-2)

Agravante: VALDECI PIRES DE ALMEIDA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: VALDECI PIRES DE ALMEIDA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: AMS 348364
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2014

EMENTA

AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO CONCEDIDA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 9.528/97. PERCEPÇÃO CUMULADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - *caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.

2. O mandado de segurança é remédio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, cabível somente em casos de violação a direito líquido e certo, conforme disposição legal: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

3. O direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano. Portanto, dada a natureza estreita do *mandamus*, não é possível dilação probatória, ou seja, os fatos em que se fundam o pedido devem provados de forma inequívoca.

4. *In casu*, pretende a parte autora ver restabelecida seu auxílio-acidentário cessado pelo INSS, sob a alegação de impossibilidade da cumulação deste benefício com o recebimento de aposentadoria por tempo de contribuição, deferida administrativamente. Requer o impetrante a cessão do ato administrativo considerado arbitrário e o restabelecimento do auxílio-acidente para percebimento cumulado com a aposentadoria por tempo de contribuição.

5. Observa-se pelos autos que o impetrante percebe auxílio-acidente desde 05.12.1995, sendo assim, o benefício foi concedido antes da entrada em vigor da Lei nº 9.528/97. Contudo, não prospera o alegado pelo autor, sobre a possibilidade da cumulação de benefícios previdenciários, justificando-se a cessação do benefício de auxílio-acidente por parte da autarquia impetrada, uma vez ter sido concedida aposentadoria por tempo de contribuição, bem depois da implantação do auxílio-acidente, ocorrida em

novembro de 2006.

6. O § 2º do artigo 86 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528 de 10.12.1997 veda a cumulação do benefício de auxílio-acidente com qualquer aposentadoria.

7. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a legislação em vigor impede que o benefício do auxílio-acidente seja pago em conjunto com a aposentadoria, caso um desses benefícios tenha sido concedido após a entrada em vigor da Lei nº 9.528/97.

8. No caso, verifica-se dos documentos juntados aos autos que, apesar do auxílio-acidente ter sido deferido ao impetrante em 05/12/1995, a aposentadoria por tempo de contribuição (NB 138.000.957-7) foi concedida em 11/2006, ou seja, posteriormente à edição da Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou a redação original do artigo 86 da Lei nº 8.213/91.

9. Ainda que o fato gerador do auxílio-acidente tenha ocorrido em data anterior à vigência da Lei nº 9.528/97 (10/12/1997), não é permitido sua percepção cumulada ao da aposentadoria por tempo de contribuição, vez que o termo inicial desta é posterior à alteração ocorrida no diploma legal (11/2006).

10. Impõe-se a reforma do decisum, para que seja cessado o benefício de auxílio-acidente (NB 111.279.238-1) e mantida a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição (NB 138.000.957-7) ao impetrante.

11. Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pelo impetrante em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC) contrária a seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que o relator, ao decidir monocraticamente, não o fez com acerto. Pretende ser reapreciada a matéria probatória ensejadora do benefício almejado.

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 artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator “negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido artigo.

O mandado de segurança é remédio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, cabível somente em casos de violação a direito líquido e certo, conforme disposição legal: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

O direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano. Portanto, dada a natureza estreita do *mandamus*, não é possível dilação probatória, ou seja, os fatos em que se fundam o pedido devem provados de forma inequívoca.

No caso em tela, verifico que o writ veio instruído com a prova pré-constituída.

In casu, pretende a parte autora ver restabelecida seu auxílio-acidentário cessado pelo INSS, sob a alegação de impossibilidade da cumulação deste benefício com o recebimento de aposentadoria por tempo de contribuição, deferida administrativamente.

Requer o impetrante a cessão do ato administrativo considerado arbitrário e o restabelecimento do auxílio-acidente para percebimento cumulado com a aposentadoria por tempo de contribuição.

Observa-se pelos autos que o impetrante percebe auxílio-acidente desde 05.12.1995 (fls. 48), sendo assim, o benefício foi concedido antes da entrada em vigor da Lei nº 9.528/97.

Contudo, entendo que não merece prosperar o alegado pelo autor, sobre a possibilidade da cumulação de benefícios previdenciários, justificando-se a cessação do benefício de auxílio-acidente por parte da autarquia impetrada, uma vez ter sido concedida aposentadoria por tempo de contribuição, bem depois da implantação do auxílio-acidente, ocorrida em novembro de 2006, conforme fls. 18 dos autos.

Isto porque o artigo 86 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528 de 10.12.1997 determina no seu § 2º, *in verbis*:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

(...)

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença.

Independente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua a cumulação com qualquer aposentadoria.”

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a legislação em vigor impede que o benefício do auxílio-acidente seja pago em conjunto com a aposentadoria, caso um desses benefícios tenha sido concedido após a entrada em vigor da Lei nº 9.528/97.

Nesse sentido foram proferidos os julgados: REsp 1244257/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJE de 19.03.2012, STJ; 3ª Seção; AgRg nos EAg 1375680/MS; Relator: Ministro Jorge Mussi; DJe 22/08/2012 e STJ; 3ª Seção; EREsp 586704/SP; Relator: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Des. Conv. do TJ/PE); DJe 20/02/2013. (g.n.)

No caso concreto, verifica-se dos documentos juntados aos autos que, apesar do auxílio-acidente ter sido deferido ao impetrante em 05/12/1995, a aposentadoria por tempo de contribuição (NB 138.000.957-7 - fls. 18) foi concedida em 11/2006, ou seja, posteriormente à edição da Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/1997, convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou a redação original do artigo 86 da Lei nº 8.213/91.

Ademais, ainda que o fato gerador do auxílio-acidente tenha ocorrido em data anterior à vigência da Lei nº 9.528/97 (10/12/1997), não é permitido sua percepção cumulada ao da aposentadoria por tempo de contribuição, vez que o termo inicial desta é posterior à alteração ocorrida no diploma legal (11/2006).

Dessa forma, impõe-se a reforma do decisum, para que seja cessado o benefício de auxílio-acidente (NB 111.279.238-1 - fls. 16) e mantida a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição (NB 138.000.957-7 - fls. 18) ao impetrante.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, para determinar a cessação do benefício de auxílio-acidente, mantendo, no mais, a r. sentença, nos termos da fundamentação.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de Origem.

Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito dos tribunais. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.**

É como voto.

Juiz Federal Convocado **VALDECI DOS SANTOS - Relator**

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0006405-03.2013.4.03.6103
(2013.61.03.006405-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 88/96v
Apelante: DIMAS APARECIDO DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSE DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 1972188
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2014

EMENTA

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. RENÚNCIA E CONCESSÃO DE OUTRA APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ RECEBIDOS. ADOTADAS AS RAZÕES DECLINADAS NA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO IMPROVIDO.

- O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que o tema sob análise possui repercussão geral, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil, não implica sobrestamento de outros processos que tratem da mesma matéria, sendo aplicável apenas aos recursos extraordinários eventualmente interpostos.
- O pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo que se falar em decadência.
- A aposentadoria é direito pessoal do trabalhador, de caráter patrimonial, portanto renunciável, não se podendo impor a ninguém, a não ser que lei disponha em sentido contrário, que permaneça usufruindo de benefício que não mais deseja.
- O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento.
- Visando prestigiar a segurança jurídica, deve-se acompanhar a orientação do Tribunal Superior reconhecendo-se o direito da parte autora à renúncia do atual benefício, devendo a autarquia conceder nova aposentadoria a contar do ajuizamento da ação, compensando-se o benefício em manutenção.
- O pagamento das diferenças deve ser acrescido de juros de mora a contar da citação (Súmula 204/STJ).
- A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009, a partir da sua vigência.
- A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos, nos termos do

art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do art. 24-A da MP 2.180-35/01, e do art. 8º, § 1º da Lei 8.620/92.

- Os honorários advocatícios devem ser fixados no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença de primeiro grau, em estrita e literal observância à Súmula nº 111 do STJ (Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas após a sentença).
- Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, REJEITAR A MATÉRIA PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de decisão monocrática que deu provimento à Apelação (fls. 88/96v.), para reconhecer o direito à desaposentação, mediante a cessação do benefício anterior e implantação de novo benefício, considerando-se o tempo e as contribuições anteriores e posteriores à aposentadoria ora renunciada, sendo desnecessária a devolução do que foi pago a título do benefício anterior.

Em suas razões, em síntese, a autarquia alega decadência, pugna pelo sobrestamento do feito e requer a reforma integral da r. decisão recorrida (fls. 99/106v.).

Em mesa.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

O agravo não merece provimento.

A decisão recorrida enfrentou os pedidos e julgou-os de forma fundamentada, embasada na legislação pertinente e em entendimentos jurisprudenciais.

Desta decisão foi interposto o presente agravo legal, com amparo no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que o tema sob análise possui repercussão geral, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil, não implica sobrestamento de outros processos que tratem da mesma matéria, sendo aplicável apenas aos recursos extraordinários eventualmente interpostos.

A questão da decadência e do mérito propriamente dito foram devidamente enfrentadas na decisão agravada, cujas razões adoto na íntegra:

O instituto da decadência não estava contemplado na redação original da Lei nº 8.213/91, que previa, em seu art. 103, somente a prescrição das prestações não pagas em sua época própria. Por sua vez, o aludido art. 103 teve, por diversas vezes, a sua redação alterada, de modo a estabelecer, a partir da MP nº 1.523/97, um prazo decadencial, ora de 10 anos, ora de 05 anos, para a revisão do ato de concessão de benefício. Depreende-se, portanto, que a decadência refere-se apenas e tão-somente ao direito à revisão do ato de concessão de benefício, e não ao ato de concessão em si, daí não ser aplicável ao caso em exame.

Veja, nesse sentido, os julgados a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º DO CPC). DESAPOSENTAÇÃO. DIREITO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CABIMENTO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA.

(..)

6. Não há se falar em decadência, pois o pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário e não de revisão de sua renda mensal inicial.

(..)

9. Agravo legal parcialmente provido, em novo julgamento, reexame necessário e apelação do INSS parcialmente providos.”

(TRF/3ª Região, AC 0000869-62.2010.4.03.6120, Relatora Des. Fed. Lucia Ursaia, Décima Turma, julgado em 20.03.2012, publicado no CJ1 em 28.03.2012, unânime).

“PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. ARTIGO 181-B DO DECRETO Nº 3.048/99. NORMA REGULAMENTADORA QUE OBSTACULIZA O DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. EFEITOS *EX NUNC* DA RENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS A TÍTULO DO BENEFÍCIO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VIABILIDADE ATUARIAL. EFETIVIDADE SUBSTANTIVA DA TUTELA JURISDICIONAL.

1. O prazo decadencial aplica-se nas situações em que o segurado visa à revisão do ato de concessão do benefício. A desaposentação, por sua vez, não consiste na revisão desse ato, mas no seu desfazimento, não havendo, portanto, prazo decadencial para que seja postulado pela parte interessada.

(..)”

(TRF/4ª Região, AC 5009587302114047112, Relator Des. Fed. Rogério Favreto, Quinta Turma, julgado em 07.02.2012, publicado no D.E. 14.02.2012, unânime).

Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, é possível seu julgamento de forma antecipada, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Ainda que o juízo *a quo* tenha decidido a lide valendo-se da sistemática prevista no artigo 285-A do Estatuto processual Civil, não há que se alegar violação à ampla defesa ou inconstitucionalidade do procedimento adotado se a decisão atendeu aos requisitos estampados no dispositivo legal em comento.

Passo à análise da matéria de fundo.

Cuida-se de situação em que a parte autora é titular de benefício previdenciário e, em que pese a concessão da aposentadoria, continuou a desempenhar atividades laborativas, entendendo fazer jus ao direito de renunciar a aposentadoria atual e ter deferida outra mais vantajosa.

A respeito da possibilidade de renúncia ao benefício previdenciário o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, a exemplo da seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA.

1. Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

2. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ, AgRg no Resp 1196222, Rel. Desembargador Convocado Haroldo Rodrigues, Dje 11/10/10).

O tema que se propõe analisar está longe de obter uma solução unânime, embora a Justiça tenha sido reiteradamente instada a se manifestar, o que deve ser feito o mais rápido possível, dada a progressão elevada de demandas pleiteando o que os interessados acreditam constituir verdadeiro direito subjetivo. A tentativa de enfrentar este desafio visa trazer argumentos que partem de uma pessoal reflexão porquanto não foi possível verificar, até o momento, análise com ângulo semelhante.

A desaposentação é qualificada por Marisa Ferreira dos Santos como a desconstituição do ato de concessão da aposentadoria, que depende da manifestação de vontade do segurado.

O seu conceito pressupõe a renúncia a uma aposentadoria já existente, visando o aproveitamento do tempo de contribuição ou de serviço para uma nova ou uma melhor aposentadoria, em regime idêntico ou diverso.

Cabe destacar que, ao se realizar uma interpretação sistemática dos princípios e normas que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro, haveria fundamento legal para a adoção do instituto.

Nessa tarefa não se poderia adentrar no tema sem, é claro, levar em conta os princípios, os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil consignados na Carta Magna desde o seu Preâmbulo, não se podendo deixar de bem observar os artigos 1º a 3º, numa análise, inclusive, topográfica.

Importante sublinhar que os preceitos alinhavados no texto constitucional (não apenas nos artigos 1º a 3º) encontram gênese e destino no Preâmbulo da Constituição Federal, que foi extraordinariamente capaz de condensar valores legítimos que se tornam vetores de interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

À medida que é feita a análise do tema proposto, leva-se, necessariamente, em consideração esses elementos axiológicos acima referidos.

Pois bem. O Brasil adotou e prestigia o positivismo-normativista com base na legalidade, inspirando-se certamente nos ensinamentos de Miguel Reale, em cuja escola positiva o Direito por excelência revela-se pelas leis. A norma passa a ser de fato a principal regedora da convivência social. Isto é praticamente aceito como verdade por conta do escólio de Hans Kelsen que, com genialidade, via na lei o elemento estabilizador social no qual a legalidade representa o princípio fundamental de segurança.

Entretanto, a rigidez do que se convencionou chamar de “jurisprudência de conceitos” mostrou-se insuficiente, parte em razão das exigências do mundo moderno, parte pelos fundamentos, princípios e objetivos ora imperantes na sociedade brasileira, de tal forma que acabou sendo ultrapassada cientificamente, obrigando a um temperamento, que, por vezes, já pode ser constatado de decisões das mais altas Cortes de Justiça.

Veja que Kelsen, o grande mestre positivista, ao tratar e prestigiar a Escola que acabou concebendo (juspositivismo), enaltece o Direito Natural. Em seu sábio entendimento, acima do imperfeito Direito Positivo, existe um outro, perfeito, o Direito Natural, este sim, absoluta-

mente justo, e que torna o Direito Positivo legítimo à medida que o corresponda. Portanto, qualquer análise que se faça do Direito Positivo, o intérprete deve inspirar-se naqueles valores constitucionais, que nada mais representam que expressões da dignidade humana em um regime que valoriza a igualdade e os valores democráticos. O STF reconheceu a repercussão geral da matéria em debate no RE 661256, ainda pendente de julgamento.

Contudo, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento, consoante acórdão assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.”

(REsp 1334488/SC, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 08/05/2013, DJe 14/05/2013).

A Décima Turma desta Egrégia Corte pacificou seu entendimento no mesmo sentido: “PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. TERMO INICIAL DA NOVA JUBILAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. I - É pacífico o entendimento esposado por nossos Tribunais no sentido de que o direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial e, por conseguinte, pode ser objeto de renúncia. II - Caracterizada a disponibilidade do direito, a aceitação da outra pessoa envolvida na relação jurídica (no caso o INSS) é despicienda e apenas a existência de vedação legal poderia impedir aquele de exercer seu direito de gozar ou não do benefício. III - Somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos, pois assim estatui o inciso II do art. 5º da Constituição da República. O art. 181-B do Dec. nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita. IV - Esta 10ª Turma

consolidou entendimento no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida. V - A desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo. Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício. VI - O novo benefício é devido a partir da data da citação, quando o INSS tomou ciência da pretensão da parte autora. VII - A verba honorária fica arbitrada em 15% sobre o valor das diferenças vencidas até a presente data, tendo em vista que o pedido foi julgado improcedente pelo Juízo *a quo*. VIII - Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ante a ausência de fundado receio de dano irreparável e de perigo da demora, haja vista que o autor está recebendo mensalmente seu benefício. IX - Apelação da parte autora parcialmente provida.” (AC 0000265-04.2013.4.03.6183, Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, e-DJF3 de 18.09.2013). “DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

1. Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse.

2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.

3. Os argumentos trazidos na irresignação da parte agravante foram devidamente analisados pela r. decisão hostilizada, a qual se encontra alicerçada na legislação vigente e na jurisprudência dominante do C. Superior Tribunal de Justiça.

4. Matéria preliminar rejeitada. Recurso desprovido.”

(AC 2009.61.83.009488-3, Rel. Des. Federal Walter do Amaral, D.E. de 15.03.2012).

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS LEGAIS. POSSIBILIDADE. DEVOUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. DESNECESSIDADE. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Não se aplica ao caso o disposto no Art. 461, do CPC, por se tratar de título judicial de natureza declaratória. 2. Alinhando sua jurisprudência à do E. STJ, a C. 10ª Turma desta Corte reformulou seu entendimento acerca da matéria, de acordo com o precedente Ag em AP 00067443120104036114, de relatoria do Desembargador Federal Walter do Amaral, julgado em 06/03/12 e acórdão publicado em 07/03/12. 3. A 1ª Seção, do E. STJ, em julgamento de recurso repetitivo (REsp 1334488), na sessão de 08/05/13, à unanimidade, decidiu que ‘o aposentado tem direito de renunciar ao benefício para requerer nova aposentadoria em condição mais vantajosa, e que para isso ele não precisa devolver o dinheiro que recebeu da Previdência.’ 4. Reconhecimento do direito da parte autora à renúncia ao benefício de aposentadoria de que é titular, ao recálculo e à percepção de nova aposentadoria, sem solução de continuidade ao cancelamento da anterior, desde a citação, aproveitando-se as respectivas contribuições e as posteriormente acrescidas pelo exercício de atividade, dispensada a devolução dos valores recebidos por força da aposentadoria renunciada. 5. Não havendo prévio requerimento administrativo, a DIB deve ser fixada na data de citação da autarquia. 6. O pedido condenatório não deve ser acolhido, porque a certeza da vantagem do benefício pleiteado em relação ao atual, ainda que afirmada em inicial, depende de cálculos do INSS, e ao Judiciário é vedado proferir decisões condicionais, razão pela qual o interessado deverá requerer a desaposentação administrativamente, instruindo seu requerimento com o presente

título judicial, âmbito no qual serão concretizados os direitos aqui reconhecidos, após cálculos pelo INSS. 7. Agravos desprovidos.”

(AC 0011544-21.2012.4.03.6183, Rel. Des. Federal Baptista Pereira, D.E. de 21.08.2013).

“PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO (RENÚNCIA) À APOSENTADORIA. CABIMENTO. IMPLANTAÇÃO DO NOVO BENEFÍCIO. DECISÃO DEFINITIVA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS PROVENTOS. IMPLANTAÇÃO DA NOVA APOSENTADORIA. 1. Entendo que a falta de previsão legal para o desfazimento do ato de aposentação impede que a Autarquia Previdenciária, subordinada ao regime jurídico de direito público, desfaça referido ato. Reconheço, todavia, que este posicionamento é minoritário, e que as duas Turmas do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com competência para decidir questões previdenciárias - Quinta e Sexta Turmas - são favoráveis à possibilidade de o aposentado que retorna à atividade laborativa ter computadas as novas contribuições para efeito de concessão de nova aposentadoria. 2. Observo não desconhecer que a matéria encontra-se em debate junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 661256), com submissão à repercussão geral, nos termos da Lei nº 11.418/2006. 3. Pendente de decisão definitiva pelo Pretório Excelso, curvo-me, por prudência, ao entendimento de meus pares na 10ª E. Turma deste Tribunal, com vistas a prestigiar a respeitável orientação emanada do STJ, e adiro, com a ressalva já formulada, ao seu posicionamento, diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, aguardando o final julgamento em nossa Suprema Corte de Justiça. 4. A compreensão desta Décima Turma, em conformidade com a orientação firmada pela PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1334488/SC, em 08/05/2013, publicado em 14/05/2013, de Relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ, é no sentido de que o desfazimento (renúncia) da aposentadoria, com o aproveitamento de todo o tempo de contribuição, com vistas à concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois enquanto esteve aposentado o segurado fez jus aos seus proventos. 5. Quanto à implantação, por sua complexidade, não se justifica seja feita provisoriamente devendo aguardar decisão definitiva, além do que a parte autora já vem recebendo benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. 6. Reexame necessário e apelação do INSS desprovidos. Apelação da parte autora provida.”

(AC 0001659-80.2012.4.03.6183, Rel. Des. Federal Lucia Ursaia, e-DJF3 26.06.2013).

Preteritamente este magistrado vinha decidindo ser necessária a devolução dos valores para a obtenção da desaposentação, conforme abaixo ementado:

“PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVOS LEGAIS. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. RENÚNCIA E CONCESSÃO DE OUTRA APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI 8.213/91. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ RECEBIDOS. ADOTADAS AS RAZÕES DECLINADAS NA DECISÃO AGRAVADA. RECURSOS IMPROVIDOS.

- O pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo que se falar em decadência.

- A aposentadoria é direito pessoal do trabalhador, de caráter patrimonial, portanto renunciável, não se podendo impor a ninguém, a não ser que lei disponha em sentido contrário, que permaneça usufruindo de benefício que não mais deseje.

- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

- O artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 proíbe a concessão de novo benefício previdenciário em acréscimo àquele já recebido, ou seja, impede o recebimento de dois benefícios de forma concomitante, com exceção do salário-família e reabilitação profissional.

- A desaposentação enaltece a igualdade, o valor social do trabalho, o sistema previdenciário e outros valores decorrentes da dignidade humana, devendo haver devolução da importância recebida por conta do gozo da aposentadoria anterior, com a devida correção monetária pelos índices oficiais de inflação, sob pena de violar o princípio da isonomia e acarretar desequilíbrio financeiro e atuarial.
- Em face da natureza alimentar o desconto deverá ser de 30% do valor do novo benefício ou a diferença entre este e o benefício anterior, optando-se sempre pela operação que resultar em menor valor.
- A correção monetária deve ser calculada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
- Incabível a incidência de juros de mora, pois não verificada a hipótese de inadimplemento de qualquer prestação por parte do segurado.
- Sucumbência recíproca quanto aos honorários advocatícios.
- Agravos a que se nega provimento.”

(AC 0001639-94.2009.4.03.6183/SP, Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis, e-DJF3 29.08.2013). Não obstante, faz-se necessário prestigiar a segurança jurídica, razão pela qual passo a acompanhar a orientação do Superior Tribunal de Justiça e o recente entendimento esposado por esta 7ª Turma, no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida.

O assunto já está sendo julgado no âmbito da 7ª Turma por meio de decisão monocrática, conforme se verifica a seguir:

“DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por EDUARDO PERILLO, em face da r. sentença proferida em ação previdenciária de desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso.

A r. sentença julgou improcedente o pedido. Condenou a parte autora no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade concedida. Custas indevidas.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, a constitucionalidade do instituto da desaposentação, inexistindo qualquer vedação legal à opção do segurado em renunciar ao benefício de origem, com intuito de obtenção de benefício mais vantajoso. Alega a desnecessidade de devolução de valores percebidos, ante o caráter alimentar dos benefícios previdenciários. Requer o provimento do apelo.

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

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Pretende a parte autora a renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição com DIB 12.05.1995 (fls. 18), e a concessão de posterior benefício da mesma natureza, mediante cômputo das contribuições realizadas após o primeiro jubramento.

De início, não há que se falar em decadência no caso de desaposentação, uma vez que não se trata de revisão de ato de concessão do benefício, ou mesmo de seu valor, sendo, pois, indevida a extensão do disposto no art. 103 da Lei nº 8.213/91.

Nesse sentido, precedente da E. Terceira Seção desta Corte, *in verbis*:

‘PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. “DESAPOSENTAÇÃO”. DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA ALEGADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE.

I. Conheço dos embargos de declaração, vez que o Tribunal deve apreciar matéria de ordem pública, como o caso de decadência, ainda que tenha sido suscitada pela parte interessada somente em sede de embargos declaratórios, consoante orientação firmada no E. STJ.

II. Na espécie, a parte autora pleiteia a “desaposentação” e o cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação. Cuida-se de pedido de desfazimento de ato em razão de circunstâncias motivadoras não preexistentes, uma vez que pretende a parte autora a renúncia da aposentadoria que vem recebendo cumulada com o requerimento de outra mais favorável.

III. Não se trata de revisão de ato de concessão do benefício, ou mesmo de seu valor, sendo, pois, indevida a extensão do disposto no art. 103 da Lei nº 8.213/91.

IV. Não há que se falar em decadência no caso de “desaposentação”.

V. Embargos de declaração acolhidos para aclarar o v. acórdão quanto à não ocorrência de decadência na espécie.’

(EI 0011986-55.2010.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, Rel. p/ Acórdão JUIZ CONVOCADO DOUGLAS GONZALES, TERCEIRA SEÇÃO, j. 09.05.2013, DJe 20.05.2013)

Com efeito, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento, consoante acórdão assim ementado: ‘RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ’.

(REsp 1334488/SC, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 08/05/2013, DJe 14/05/2013)

Seguindo a orientação adotada pela Corte Superior, precedentes deste Tribunal Regional: ‘DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

1. Remessa oficial conhecida, nos termos do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

2. Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a con-

tinuar aposentado, visto carecer de interesse.

3. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.

4. O termo inicial do novo benefício a ser implantado é a data da citação, a teor do disposto no art. 219 do Código de Processo Civil.

5. A incidência de correção monetária e juros de mora sobre os valores em atraso deve seguir o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/09, a partir da sua vigência, independentemente da data do ajuizamento da ação (ERESP 1.207.197/RS; RESP 1.205.946/SP), sendo que os juros de mora são devidos a partir da 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).

6. Os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10% (dez por cento) do valor atualizado das prestações vencidas até a data em que foi proferida a sentença objeto do recurso, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

7. O INSS é isento do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei Federal nº 9.289/96, devendo reembolsar, quando vencido, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora devidamente comprovadas nos autos.

8. Remessa oficial parcialmente provida.'

(AC 0011611-83.2009.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, 10ª T., j. 16.07.2013, DJe 24.07.2013)

'PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Não há julgamento *extra petita* quando o acórdão, aplicando o direito à espécie, decide a matéria dentro dos limites propostos pelas partes.

2. Entendo que a falta de previsão legal para o desfazimento do ato de aposentação impede que a Autarquia Previdenciária, subordinada ao regime jurídico de direito público, desfaza referido ato. Reconheço, todavia, que este posicionamento é minoritário, e que as duas Turmas do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com competência para decidir questões previdenciárias - Quinta e Sexta Turmas - são favoráveis à possibilidade de o aposentado que retorna à atividade laborativa ter computadas as novas contribuições para efeito de concessão de nova aposentadoria.

3. Observo não desconhecer que a matéria encontra-se em debate junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 661256), com submissão à repercussão geral, nos termos da Lei nº 11.418/2006.

4. Pendente de decisão definitiva pelo Pretório Excelso, curvo-me, por prudência, ao entendimento de meus pares na 10ª E. Turma deste Tribunal, com vistas a prestigiar a respeitável orientação emanada do STJ, e adiro, com a ressalva já formulada, ao seu posicionamento, diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, aguardando o final julgamento em nossa Suprema Corte de Justiça.

5. A compreensão desta Décima Turma, em conformidade com a orientação firmada pela PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1334488/SC, em 08/05/2013, publicado em 14/05/2013, de Relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ, é no sentido de que o desfazimento (renúncia) da aposentadoria, com o aproveitamento de todo o tempo de contribuição, com vistas à concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois enquanto esteve aposentado

o segurado fez jus aos seus proventos.

6. Quanto à verba honorária fixada em 10% é certo que incide sobre o valor atualizado da causa, desde a data do ajuizamento da ação, conforme o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal.

7. Preliminar e embargos de declaração opostos pelo INSS rejeitados. Embargos de declaração opostos pelo autor acolhidos.'

(AC 0001699-14.2002.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, 10ª T., j. 18.06.2013, DJe 26.06.2013)

'PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. CUSTAS. ISENÇÃO.

I - É pacífico o entendimento esposado por nossos Tribunais no sentido de que o direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial e, por conseguinte, pode ser objeto de renúncia.

II - Caracterizada a disponibilidade do direito, a aceitação da outra pessoa envolvida na relação jurídica (no caso o INSS) é despicienda e apenas a existência de vedação legal poderia impedir aquele de exercer seu direito de gozar ou não do benefício.

III - Somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos, pois assim estatui o inciso II do art. 5º da Constituição da República. O art. 181-B do Dec. nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita.

IV - Esta 10ª Turma consolidou entendimento no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida.

V - A desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo. Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício.

VI - A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do art. 24-A da MP 2.180-35/01, e do art. 8º, § 1º da Lei 8.620/92.

VII - Apelação da parte autora parcialmente provida.'

(AC 0011332-61.2013.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, 10ª T., 18.06.2013, DJe 26.06.2013)

Assim, na esteira do quanto decidido no REsp 1.334.488/SC, é de ser reconhecido o direito da parte autora à desaposentação, declarando-se a desnecessidade de devolução dos valores da aposentadoria renunciada, condenando a autarquia à concessão de nova aposentadoria a contar do ajuizamento da ação, compensando-se o benefício em manutenção, e ao pagamento das diferenças de juros de mora a partir da citação.

A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009, a partir da sua vigência (STJ, REsp nº 1.205.946/SP). Os juros de mora incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AgR nº 713.551/PR; STJ - Resp 1.143.677/RS). No que se refere à verba honorária, esta deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. sentença (Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Jus-

tiça), posto que de forma a remunerar adequadamente o profissional e em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (v.g. EDcl no REsp nº 984.287/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 24.11.2009, DJe 14.12.2009).

Indevidas custas e despesas processuais, ante a isenção de que goza a autarquia (art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/96) e da justiça gratuita deferida.

Indefiro o pedido de antecipação de tutela, ante a ausência de fundado receio de dano irreparável e de perigo de demora, haja vista que a parte autora está recebendo mensalmente seu benefício.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação da parte autora, nos termos acima consignados.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 05 de agosto de 2013.”

(AC 0008700-34.2009.4.03.6109/SP, rel. Des. Fed. Diva Malerbi, DJ 09.08.2013).

Por fim, alguns argumentam que o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213, de 24.07.1991, com a redação conferida pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997, vedaria a desaposentação ao não permitir a concessão de prestação da Previdência Social ao aposentado pelo RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime ou a ele retornar. Acredito que esta não é a melhor exegese deste dispositivo legal.

A interpretação sistemática dos princípios constitucionais aliados às normas previdenciárias não permite, com todo respeito, esta conclusão. O que seria proibido é a concessão de novo benefício previdenciário em acréscimo àquele já percebido pelo aposentado. A vedação existe quanto ao recebimento concomitante de dois benefícios previdenciários, exceto o salário-família, quando empregado. Todavia, no caso da desaposentação, não existiria o recebimento simultâneo de duas prestações previdenciárias de cunho pecuniário, mas o recebimento de um único benefício previdenciário que seria sucedido por outro, mediante novo recálculo.

Assim, conforme orientação do STJ, há que se reconhecer o direito da parte autora à renúncia do atual benefício, devendo a autarquia conceder nova aposentadoria a contar do ajuizamento da ação, compensando-se o benefício em manutenção.

O pagamento das diferenças deve ser acrescido de juros de mora a contar da citação (Súmula 204/STJ).

A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009, a partir da sua vigência.

A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do art. 24-A da MP 2.180-35/01, e do art. 8º, § 1º da Lei 8.620/92.

No tocante aos honorários advocatícios, estes devem ser fixados no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas *até a data da prolação da sentença de primeiro grau*, em estrita e literal observância à Súmula nº 111 do STJ (Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas após a sentença).

Dessa sorte, verifica-se que os argumentos trazidos não se prestam a uma reforma da decisão.

Com tais considerações, REJEITO A MATÉRIA PRELIMINAR E NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL interposto.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0030216-41.2013.4.03.9999
(2013.03.99.030216-0)

Agravante: JORGE LUIZ CASIMIRO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE DIADEMA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Classe do Processo: AC 1894599
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL APELAÇÃO CÍVEL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, DO CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AFASTAMENTO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DE ALEGAÇÕES.

1. Hipótese em que a decisão impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.
2. A mera reiteração das alegações impõe a manutenção da decisão agravada. Precedente do e. STJ.
3. A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
4. No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111, a Suprema Corte acenou no sentido da constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99, que alterou o artigo 29 e seus parágrafos.
5. O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
6. Não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
7. Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de outubro de 2014.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto contra r. decisão monocrática proferida nos moldes autorizados pelo artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Requer a parte agravante a reforma da r. decisão agravada sob o argumento, em síntese, de que é inconstitucional a aplicação do fator previdenciário no cálculo do benefício previdenciário a que tem direito.

Não verificando razão para a reconsideração da r. decisão apresento o recurso em mesa a fim de que seja analisado pelo Colegiado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Não assiste razão à parte agravante.

Depreende-se dos autos que a r. decisão monocrática ora impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Destaca-se que a parte agravante apenas reitera as alegações trazidas anteriormente, não apresentando argumentos relevantes para reforma da r. decisão agravada.

Com efeito, a utilização do agravo previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, deve necessariamente 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 tal razão, mostra-se inviável a alteração do julgado quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE.

1. Carece de fundamento o agravo do art. 557, § 1º, do CPC, cujas razões não enfrentam diretamente os argumentos que respaldaram a decisão agravada.

2. Agravo regimental improvido.

(STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 622488/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 14.11.2006, DJ de 23.11.2006, p. 00238).

Assim sendo, impõe-se a manutenção da r. decisão proferida nos seguintes termos:

Trata-se de feito previdenciário ajuizado em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, no qual combate-se o denominado "fator previdenciário", aplicado aos cálculos da aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora.

Processado o feito, sobreveio sentença pela improcedência do pedido. O demandante foi condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais), cuja execução fica suspensa enquanto perdurar o estado de miserabilidade jurídica.

A parte autora interpôs apelação, aduzindo a inconstitucionalidade da Lei nº 9.876/1999 por afronta aos princípios da isonomia e da reciprocidade das contribuições, bem como invalidez

dos cálculos feitos pelo INSS.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Decido.

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.

A pretensão deduzida não tem fundamento.

Em relação ao fator previdenciário, o Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111, acenou no sentido da constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/1999, que alterou o artigo 29 e seus parágrafos da Lei nº 8.213/1991, *in verbis*: “DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, ‘CAPUT’, INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual ‘sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora’, não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar ‘os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações’. Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, ‘caput’, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida ‘aos termos da lei’, a que se referem o ‘caput’ e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao ‘caput’ e ao parágrafo 7º do novo art. 201.

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados

a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no 'caput' do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, 'caput', incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91.

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar."

(STF, Pleno, ADI-MC 2.111/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 16/03/2000, DJU 05/12/2003, p. 17).

Diante da referida decisão, deve-se ressaltar que a parte autora, apesar de ser filiada à previdência social anteriormente à promulgação da EC nº 20/1998, quando da sua entrada em vigor, ainda não havia implementado os requisitos necessários à concessão da benesse, não se podendo falar em direito adquirido.

Por fim, com relação à metodologia aplicada pelo IBGE, é de se considerar que se trata de critério objetivo, adotado por entidade que, conforme Decreto nº 3.266/1999, detém competência exclusiva para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevida da população brasileira, não cabendo ao Poder Judiciário intervir em seus métodos quando pautados dentro de limites razoáveis e com amparo científico. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte: "AGRAVO LEGAL. REVISÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. ART. 285-A DO CPC. TÁBUA COMPLETA DE MORTALIDADE. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. DECISÃO DO STF NA ADIN-MC 2111-DF. - Discussão a respeito da aplicação do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial de benefício, a significar a predominância de questão de direito sobre questões de fato, autorizando o emprego da faculdade prevista do artigo 285-A do Código de Processo Civil. Precedentes. - A Tábua de Mortalidade elaborada pelo IBGE compõe a fórmula para o cálculo do fator previdenciário. - Aplicação da Tábua de Mortalidade vigente à época da concessão do benefício. - Inconstitucionalidade material do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 afastada, a um primeiro exame, pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADInMC 2111-DF, legitimando a conduta do INSS em incluir a fórmula do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial de aposentadorias concedidas a partir de 29.11.1999. - Agravo legal a que se nega provimento."

(AC nº 0002988-61.2008.4.03.6121, 8ª T., Rel. Juíza Conv. Márcia Hoffmann, j. 16/01/2012, DJF3 26/01/2012).

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido, pelo que indevida a utilização de tábua de mortalidade de 2001 ou 2002 para o benefício concedido em 2005.

II - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

III - Apelação da parte autora improvida."

(AC nº 1447845, 10ª T., Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 10/11/2009, DJF3 18/11/2009, p. 2684).

“PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. REGRAS DE TRANSIÇÃO. EC Nº 20/98. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

(...)

4. O ramo previdenciário está sujeito ao amoldamento natural das normas jurídicas às novas realidades. A nova tábua de vida do IBGE mostra que os brasileiros estão vivendo mais, e o dado relevante ao sistema previdenciário é o tempo estimado de vida do segurado no momento que ele se aposenta e não a expectativa de vida ao nascer.

5. Embora muitos se considerem injustiçados, não há perdas para o segurado com a nova expectativa de vida, pois a alteração do ‘fator previdenciário’ tem como correspondente imediato o aumento do período médio de recebimento da aposentadoria, sendo justa a fixação do limite etário mínimo, bem como do chamado ‘pedágio’ como regra de transição.

6. Devem ser observadas todas as regras de transição previstas na EC nº 20/98 em respeito ao princípio de legalidade.”

(AMS nº 244066, 7ª T., Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 21/03/2005, DJU 28/04/2005, p. 430).

Na espécie, a parte requerente teve o benefício concedido nos termos acima aludidos, mas pleiteia sua revisão, ao argumento de que teria sido prejudicada com a nova metodologia utilizada pelo IBGE para o cálculo da expectativa de vida. Todavia, o INSS procedeu ao cálculo do benefício em conformidade com as normas vigentes à época de sua concessão (Lei 8.213/1991, em consonância com a EC nº 20/1998 e a Lei 9.876/1999), não havendo qualquer infração aos critérios legalmente estabelecidos.

Ante o exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, NEGOU PROVIMENTO à apelação, mantendo a sentença recorrida.

Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

P. I. C.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo legal.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0041984-81.2001.4.03.9999
(2001.03.99.041984-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: BADIH NASSIF AIDAR (espólio)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE OLIMPIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: AC 726464
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REEXAME NECESSÁRIO. MULTA POR INFRAÇÃO À CLT. TRABALHADORES SEM REGISTRO EM CTPS. CONTRATAÇÃO POR MEIO DE COOPERATIVA. LEI 5.764/71. ARTIGO 442, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NULIDADE DA AUTUAÇÃO EM RELAÇÃO AOS MENORES DE IDADE. ARTS. 403 E 434 DA CLT. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA ILIDIDA. AUTUAÇÃO AFASTADA. HONORÁRIOS.

I. Trata-se de hipótese de cabimento do reexame necessário, nos termos do artigo 475 do CPC.

II. Versam os presentes embargos à execução fiscal sobre a autuação e aplicação de multa por violação à legislação trabalhista, consistente em contratação de trabalhadores sem o devido registro do contrato de trabalho e descumprimento das correlatas obrigações acessórias.

III. Constando do título executivo a dívida ser decorrente de imposição de multa por ausência de registro do contrato de trabalho, em infração ao art. 41, c/c arts. 3º e 4º da CLT, consoante os critérios específicos do art. 47 do mesmo diploma, torna-se nula a autuação em relação aos trabalhadores menores de dezesseis anos de idade, pois tal situação espelhariam afronta ao art. 403 da CLT e aplicação dos critérios insculpidos no art. 434 da CLT, revelando-se a completa ausência de correlação fática na atuação, atingindo de modo contundente a higidez do título executivo.

IV. No tocante aos demais trabalhadores, para a caracterização da relação jurídica empregatícia, torna-se necessário o preenchimento simultâneo de todos os elementos constantes do art. 3º da CLT, considerando-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

V. A contratação de trabalhador por meio de cooperativa configura vínculo cooperativo entre o contratante e os profissionais cooperados autônomos, afastando a aplicação dos regramentos da legislação trabalhista face à inexistência de vínculo empregatício (L. 5.764/71). Inteligência do artigo 442, parágrafo único, da CLT.

VI. O embargante logrou comprovar nos autos a regular contratação da prestação de serviços através de Cooperativa, tornando inaplicável o Direito do Trabalho à espécie, restando, em decorrência, ilidida a presunção de legitimidade da CDA.

VII. Afastada a presunção de legitimidade que milita em favor da Administração, e não tendo a União se desincumbido do ônus de comprovar sua tese de fraude ou simulação na contratação por meio da cooperativa fictícia, torna-se imperiosa a procedência dos embargos e a extinção da execução fiscal.

VIII. Considerando o valor da causa, R\$ 31.469,94 em junho de 1998, aproximadamente R\$ 85.177,00 em abril de 2014, bem como o trabalho despendido pelos procuradores e a complexidade da lide, afigura-se razoável a fixação dos honorários sucumbenciais no importe de R\$2.500,00, na linha de entendimento desta E. Quarta Turma, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, a cargo exclusivo da União, único ponto a ser reformado na sentença recorrida, por força do reexame necessário.

IX. Apelação da União desprovida. Remessa oficial, tida por submetida, parcialmente provida.

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 dar parcial provimento à remessa oficial, tida por submetida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por BADIH NASSIF AIDAR, objetivando a desconstituição da dívida concernente à imposição de multa por infração ao artigo 41, *caput*, c/c artigos 3º e 4º da CLT. Sustentou, preliminarmente, a nulidade da CDA face à inobservância dos requisitos do artigo 2º, § 5º, inciso II, da LEF, devendo ser extinto o feito executivo nos termos do artigo 267, VI, do CPC. No mérito, aduziu a inexistência da aludida violação à legislação trabalhista, pois a contratação de mão-de-obra para colheita de laranja, na fazenda de sua propriedade, foi operada por meio de cooperativa, daí restando não configurado o vínculo empregatício. Impugnados, ainda, os critérios de correção monetária e os juros de mora, bem como requerida a apresentação do processo administrativo nº 46252000859/97-27 e a produção de prova documental, pericial e testemunhal. Pugnou pela procedência dos embargos e condenação da União aos ônus sucumbenciais. Atribuído à causa o valor do débito, R\$ 31.469,94 em junho de 1998 (equivalente a aproximadamente R\$ 85.177,00 em abril de 2014, com atualização pelo Manual de Orientação e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF).

Impugnação da União às fls. 161/166, aduzindo inicialmente a legitimidade da CDA e da forma de incidência da correção monetária e juros, sustentando, quanto ao mérito, a ilegalidade da contratação por meio de “cooperativa de gato”, em burla transversa à legislação trabalhista. Argumentou o embargante não ter comprovado o “efetivo benefício aos trabalhadores-associados”, restando não demonstrada a legítima constituição da cooperativa em comento, a qual seria irregular no seu aspecto substancial. Pugnou pela improcedência dos embargos, uma vez

não ilidida a presunção de veracidade da autuação.

Determinada pelo Juízo *a quo* a especificação de provas (fl. 167), apresentou o embargante novos documentos, atinentes a sentenças exaradas pela Justiça do Trabalho, reconhecendo a inexistência de vínculo trabalhista na hipótese de contratação via cooperativa, reiterando a requisição do processo administrativo nº 46252000859/97-27, além da produção de prova pericial, testemunhal e expedição de ofícios (fls. 168/180). A União, a seu turno, pugnou pelo julgamento antecipado da lide e se manifestou sobre os documentos colacionados pelo autor (fls. 181,182v). Por determinação do magistrado de 1º grau (fl. 184), veio aos autos, ainda, o processo administrativo nº 46252000859/97-27 (em apenso).

Conclusos os autos, sobreveio *sentença de procedência dos embargos à execução*, declarando extinta a ação executiva, condenando a União a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios na base de 10% sobre o valor discutido (fls. 191/192). Sentença não submetida ao reexame necessário.

Apelou a União (fls. 194/200), repisando os termos da contestação apresentada, arguindo não ter o embargante efetivamente se desincumbido do *onus probandi* quanto às suas alegações e ter sido indevida a inversão de tal ônus no bojo da sentença, frisando, ademais, a ilegitimidade da constituição da cooperativa, de modo a restar inaplicável à espécie a Lei nº 5.764/71 e o artigo 442, parágrafo único, da CLT, pugnando pela integral reforma do provimento recorrido e pela manutenção da cobrança.

Com contrarrazões (fls. 208/215), subiram os autos a esta E. Corte Regional.

Às fls. 225/230, foi informado o falecimento do embargante e regularizada a representação do polo ativo para constar o Espólio de Badih Nassif Aidar.

Foi reconhecida a incompetência absoluta deste Tribunal para apreciação de lides atinentes às relações de trabalho, a teor da EC nº 45/2004, e remetidos os autos ao Tribunal Regional do Trabalho. Este, por sua vez, declarou-se igualmente incompetente para o julgamento da demanda e suscitou conflito negativo de competência (fls. 232, 253/257), vindo o conflito a ser processado sob nº 84179 perante o E. STJ, o qual declarou a competência deste Tribunal Regional Federal para o feito (fls. 261/264).

Diante disso, baixaram os autos a esta E. Corte para a apreciação da apelação.

Dispensada a remessa ao Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório. À douta Revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

De início, consigne-se ser hipótese de cabimento do reexame necessário, nos termos do artigo 475 do CPC.

Versam os presentes embargos à execução fiscal sobre a autuação e aplicação de multa por violação à legislação trabalhista, consistente em contratação de trabalhadores sem o devido registro do contrato de trabalho e descumprimento das correlatas obrigações acessórias (artigo 41, *caput*, c/c artigos 3º e 4º da CLT).

Em sua prefacial, o embargante sustenta a legitimidade da contratação e a desnecessidade do registro, uma vez ter ocorrido por meio de Cooperativa, donde impende discorrer, inicial-

mente, sobre a regência da matéria atinente à indigitada forma de contratação, interpretando-a de forma sistemática e teleológica.

Para a caracterização da relação jurídica empregatícia, torna-se necessário o preenchimento simultâneo de todos os elementos constantes do *caput* do artigo 3º da CLT, considerando-se *empregado* toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

No tocante especificamente ao *empregado rural*, a Lei nº 5.889/73 repete em seu artigo 2º a previsão do indigitado artigo 3º da CLT, prescrevendo ser empregado rural toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, preste serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário. O citado diploma disciplina, ainda, contratação especial por pequeno prazo, para atividades de natureza temporária ou de mera prestação de serviços (artigos 14-A e 17), determinando expressamente a aplicação subsidiária da CLT, no que com ele não conflitar (artigo 1º).

O *trabalho cooperado*, por sua vez, está contemplado e estimulado no âmbito da própria Carta Magna, consoante o disposto nos artigos 5º, XVIII, 174, § 2º e 187, VI, estando regulada a matéria precipuamente pela Lei nº 5.764/71, a qual instituiu o regime jurídico das Sociedades Cooperativas, bem como pelo parágrafo único do artigo 442 da CLT, acrescentado pela Lei nº 8.949/94. Confira-se:

Lei nº 5.764/71:

Art. 3º. Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

(...)

Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei.

(...)

Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

(...)

Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.

CLT

Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Na forma do artigo 3º da Lei nº 5.764/71, ora transcrito, as sociedades cooperativas são formadas por profissionais autônomos que se obrigam reciprocamente a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma determinada atividade econômica, mediante a combinação de esforços ou recursos para o proveito comum. O cooperativismo detém *status* constitucional e sua recepção pela nova ordem não foi concebida em substituição à relação trabalhista, mas

como alternativa à busca de melhores condições e remuneração na esfera do trabalho autônomo. No âmbito rural, objetivou-se, ainda, a redução do desemprego e do êxodo campeiro.

A adesão dos associados é voluntária, garantindo-se a eles direito de voto em todas as deliberações e divisão proporcional do resultado de suas atividades, ou seja, assumem a posição de sócios e de destinatários dos benefícios alcançados pela cooperativa, situação que afasta a figura da subordinação, elemento essencial para a configuração da relação de trabalho.

Todavia, se na hipótese concreta restar verificada a subordinação na prestação de serviço não eventual, tal fato revela, em verdade, relação típica de emprego, apenas travestida mediante fraude ou simulação, a ensejar o reconhecimento do vínculo nos termos trabalhistas e a inaplicabilidade do transcrito artigo 442, parágrafo único, da CLT, dada a inobservância da finalidade legal do instituto.

De se anotar, ainda, a doutrina e a jurisprudência admitirem a contratação de mão-de-obra, mediante interposta empresa, abarcadas aqui as cooperativas, para o desempenho de atividade-meio da sociedade, possibilitando-se a contratação relativamente à atividade-fim somente nos casos de trabalho temporário, nos termos da Súmula 331 do TST:

I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário. (...) III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Portanto, a partir das proposições ora delineadas, caso a situação se coadune à efetiva e legítima contratação de mão-de-obra autônoma por meio de cooperativa, tal realidade não será regulada pelas normas trabalhistas, pois haverá vínculo cooperativo entre os envolvidos, e não empregatício.

Entretanto, como dito, deve a análise ser detalhadamente apurada, verificando-se o seu efetivo enquadramento no disposto pela Lei nº 5.764/71, examinando-se inclusive a atividade desenvolvida, evitando-se que, sob o manto de uma cooperativa fictícia, oculte-se uma verdadeira relação de emprego. Acaso reste assim constatado, deverá ser descaracterizado o vínculo cooperativo, reconhecendo-se que os profissionais não são cooperados autônomos, tornando aplicáveis os regramentos da legislação trabalhista, excluindo-se inclusive a incidência do regime de tributação diferenciado concernente às cooperativas, face à existência de vínculo empregatício entre o contratante e os trabalhadores.

Ressalte-se, ainda, não ser possível contestar a fiscalização por parte dos Agentes Fiscais, ao argumento de não deterem “poder normativo”, ou sob a alegação de que tal atuação feriria a competência da Justiça do Trabalho quanto à “configuração ou não de relação empregatícia”. Isso porque a imposição de multa por violação aos regramentos da CLT não depende de prévia declaração da existência de relação de emprego pela Justiça do Trabalho, pois o vínculo empregatício, em tal caso, pode ser constatado pelos fiscais do trabalho, na posse do poder de polícia a eles atribuído.

Nesse sentido, trago a lume o julgado a seguir:

MULTA ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE REGISTRO DE EMPREGADOS - ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO POR MEIO DE COOPERATIVA - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO - INEXISTÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. I - Trata-se de recurso de revista interposto nos autos de ação anulatória, na

qual a recorrente formulou pretensão de desconstituição da multa administrativa que lhe fora aplicada pela fiscalização do trabalho, em razão da irregularidade no registro de empregados. II - Ao verificar, durante a inspeção do trabalho, o descumprimento da determinação legal de manutenção de registro de empregados, a autoridade competente do Ministério do Trabalho deve proceder à lavratura do auto infracional, sob pena de responder administrativamente. III - Isso na esteira do poder de polícia que lhe é atribuído para fiscalizar as pretensas dissimulações das relações de emprego, a partir da análise, ainda que perfunctória, da situação ensejadora da aplicação da multa, facultada à parte interessada a possibilidade de reexame da decisão mediante recurso administrativo e, ao final, por meio de intervenção do Judiciário, ou, se preferir, diretamente pela via judicial. IV - Daí não se revelar juridicamente consistente a tese de que a ação administrativa acarretaria invasão da competência da Justiça do Trabalho, na medida em que ela levaria à absurda conclusão de, aprioristicamente, vedar-se o exercício da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho e seus agentes, salientando, mais uma vez, que eventuais irregularidades que possam redundar em anulação do auto de infração, caso não sejam reconhecidas no âmbito administrativo, podem sê-lo por meio da intervenção do Judiciário. V - Por conta dessa singularidade jurídica da interpretação finalística do conjunto normativo acima mencionado, não se vislumbra violação aos artigos 2º e 114, IX, da Constituição, bem como ileso está o artigo 39, *caput*, da CLT, por inaplicável, já que diz respeito à reclamação apresentada pelo empregado ou sindicato respectivo diretamente à DRT, em caso de negativa de registro do contrato de trabalho.

(*Omissis*)

(TST, RR- 51600-32.2005.5.10.0018, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, Quarta Turma, Data de Julgamento: 04/11/2009).

Postas tais ponderações, passo à análise do presente caso.

Consta dos autos a imposição de multa por infração à legislação trabalhista ter derivado de autuação do embargante na fazenda de sua propriedade, Fazenda Santa Amélia, constatando o fiscal estarem à frente de trabalho, colheita de *citrus* (laranja), “empregados” sem o devido registro nas Carteiras de Trabalho (CTPS), além da ausência dos pertinentes documentos.

O embargante aduziu não ter procedido à contratação direta da mão-de-obra para a colheita, pois havia sido ajustada por meio da Cooperativa dos Trabalhadores Rurais de Bebedouro e Região - COOPERAGRI, devidamente inscrita no CNPJ sob nº 00.714.714/0001-61, com sede à Rua Paul Harris, 179, Bebedouro/SP (fl. 27), consoante os termos do contrato firmado, cuja cópia foi colacionada às fls. 23/26.

Sustentou inexistir qualquer vínculo empregatício entre o embargante e os trabalhadores participantes da colheita, pois não estavam subordinados às suas ordens, mas às ordens dos Coordenadores das Equipes, sendo inclusive de inteira responsabilidade da Cooperativa o transporte dos cooperados até a fazenda. Eram, assim, profissionais autônomos vinculados à citada Cooperativa e estavam devidamente identificados quando da fiscalização. Ressaltou ter em mãos, à época, os documentos comprobatórios de tal realidade, os quais não foram analisados pelos fiscais do Ministério do Trabalho, desconhecendo o embargante o motivo de tal proceder por parte dos fiscais.

Afere-se, do auto de infração (fls. 116 e autos em apenso), o fiscal do Ministério do Trabalho ter constatado, relativamente à frente de trabalho, a presença de 64 colhedores de laranja (fls. 17/22), os quais estariam em plena atividade irregular. Teria sido confirmado, por meio de entrevista aos trabalhadores, a ausência de registro do contrato de trabalho na CTPS, com intermediação de mão-de-obra por terceiros, além da habitualidade e subordinação dos serviços prestados aos empreiteiros e fiscais de turma do embargante.

Inicialmente, anote-se não ter sido comprovado pelo embargante que a “ausência de relação trabalhista” foi “reconhecida no âmbito da Justiça do Trabalho”, pois os julgados colacionados às fls. 170/180 e 216/218 concernem a outras cooperativas e outros supostos empregadores, não podendo ser aplicados *in casu* senão como mero referencial do direito, e não do fato em si.

Todavia, o embargante fez prova de suas alegações trazendo à colação todos os documentos relativos à contratação da prestação de serviços por meio da Cooperativa dos Trabalhadores Rurais de Bebedouro e Região - COOPERAGRI, verificando-se o respectivo instrumento ter sido firmado em 23/06/1997, em cujos termos se afere a contratação dos serviços de colheita de *citrus* na Fazenda Santa Amélia, a ser executado pelos trabalhadores autônomos associados à Cooperativa, *sem exclusividade*, cuja determinação de contingente era de incumbência da Cooperativa, vedada a presença de menores. Foi estipulado o pagamento pela quantidade de caixas de frutas colhidas, cujo valor abarcava todos os encargos incidentes, inclusive a contribuição devida por força da LC nº 84/96, à época vigente (fls. 23/26).

A parte colacionou, ainda, as fichas de adesão relativas a todos os trabalhadores, consoante os documentos de fls. 27/159, à exceção de dois deles, menores de idade, cuja situação será adiante analisada.

Sustentou a União em seu apelo a presunção de veracidade da autuação e decorrente inscrição em dívida ativa, pois a fiscalização teria constatado, na fazenda de propriedade do embargante, a presença física inclusive de *adolescentes* trabalhando sob as ordens de funcionários do apelado. Portanto, dotada a autuação de fé pública e presunção *juris tantum* de legitimidade, somente poderia ter sido ilidida por prova cabal em sentido contrário, a qual não ocorreu na espécie, ônus que caberia ao embargante suportar (artigo 334, IV, do CPC), em especial quanto à prova da efetiva prestação de assistência técnica, educacional e social aos associados para se atestar a existência não só formal, como material da cooperativa, nos termos dos artigos 4º, X, 7º, 28, II e 87 da Lei nº 5.764/71, não sendo hábeis a comprovar as alegações da prefacial os documentos apresentados. Desse modo, estaria correto o entendimento do magistrado quanto ao julgamento antecipado da lide, equivocando-se este, todavia, no tocante à distribuição do ônus de prova e procedência dos embargos.

Aduziu, ainda, a *ratio essendi* da legislação inovadora do tema ter sido criar condições mais favoráveis aos cooperados, em “contrapartida à perda dos direitos que seriam oriundos da relação de trabalho convencional”, pois se assim não fosse redundaria em ofensa ao ordenamento jurídico e inclusive à Lei Maior (artigo 7º). Discorreu sobre a realidade do trabalho rural, onde o trabalhador é coagido, daí decorrendo, portanto, inexistir qualquer voluntariedade no ato de sua associação, a implicar inexistência da cooperativa para fins trabalhistas e tributários.

No entanto, não procedem os argumentos apresentados pelo Ente Federal. Como bem anotado na sentença, a União se limitou a argüir genericamente a impossibilidade de contratação dos trabalhadores por meio da “cooperativa fictícia”, sem no entanto demonstrar a efetiva existência de vício em sua formação ou na adesão dos associados, ônus que lhe cabia. E, de fato, ao invés de atuar para a devida produção de provas, a Fazenda pleiteou o julgamento antecipado do feito, deixando de evidenciar a tese de que “substancialmente não se tratou de um contrato de prestação de serviços”.

Consoante mencionado, está documentalmentemente demonstrada a regular constituição da Cooperativa, tendo o embargante apresentado o documento de registro da pessoa jurídica perante o Cadastro Geral de Contribuintes (fl. 27), o instrumento particular de contratação do trabalho cooperado (fls. 23/26) e as fichas de adesão das pessoas físicas à Cooperativa,

acompanhadas das escrituras de emancipação, quando o caso (fls. 28/159). Assim, restou rebatida a realidade retratada na autuação, donde não mais se fala na presunção que milita em favor da Administração e, de igual modo, na dispensa da produção de provas preconizada pelo artigo 334, IV, do CPC.

Portanto, a arguição da União no sentido de vício material na formação da Cooperativa, seja ao fundamento de não ter havido a livre adesão dos trabalhadores, seja pela eventual existência de fraude, deveria ter sido por esta cabalmente comprovada, em consonância ao artigo 333, inciso II, do CPC, pois *trazendo em sua impugnação fato impeditivo e modificativo do direito posto na prefacial*, a ela caberia produzir tal prova, possibilitando-se confirmar a tese arguida.

A comprovação quanto à tese de cooperativa fictícia, abarcada a demonstração da efetiva percepção dos “benefícios” pelos associados e divisão dos resultados auferidos, na forma inicialmente mencionada, era prova a ser promovida pela embargada, e não pelo embargante. A União equivocadamente entendeu não ser ônus a ela imputável, escorando-se numa presunção que não mais existia em seu favor, em razão dos documentos colacionados, quedando-se inerte durante toda a instrução probatória, mantendo a adução abstrata de fraude, sem nada demonstrar concretamente, daí advindo dever arcar com seu insucesso processual.

Consigne-se, em complemento, o preceito contido na *Portaria nº 925/95, do Ministério do Trabalho*, no sentido de que, constatada a contratação por cooperativa, e havendo suspeita de fraude ou simulação, nasce para a Administração a obrigação quanto à fiscalização da cooperativa apontada, ou seja, para a verificação *in loco* da regularidade ou não na relação cooperativa-cooperados, consoante os critérios nela previstos. Nesse passo, confirmada a inobservância aos mandamentos legais e a ausência das características da sociedade cooperativa, deverá o Agente da Inspeção do Trabalho comunicar o fato, por escrito, à chefia imediata, a qual, recebendo a comunicação, se o caso, apresentará denúncia à Procuradoria Regional do Trabalho, para os fins do art. 6º da Lei nº 7.347, de 05 de julho de 1985, e incisos I, III e IV do art. 83 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Confira-se:

Art. 1º. O Agente da Inspeção do Trabalho, quando da fiscalização na empresa tomadora de serviços de sociedade cooperativa, no meio urbano ou rural, procederá ao levantamento físico, objetivando detectar a existência dos requisitos da relação de emprego entre a empresa tomadora e os cooperados, nos termos do art. 3º da CLT.

§ 1º. Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, ensejará a lavratura de Auto de Infração.

§ 2º. Sem prejuízo do disposto neste artigo e seu § 1º, o Agente da Inspeção do Trabalho verificará junto à sociedade cooperativa se a mesma se enquadra no regime jurídico estabelecido pela Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, mediante a análise das seguintes características:

- a) número mínimo de vinte associados;
- b) capital variável, representado por quotas-partes, para cada associado, inacessíveis a terceiros, estranhos à sociedade;
- c) limitação do número de quotas-partes para cada associado;
- d) singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, exceção feita às de crédito, optarem pelo critério de proporcionalidade;
- e) *quorum* para as assembleias, baseado no número de associados e não no capital;
- f) retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado;
- g) prestação de assistência ao associado;
- h) fornecimento de serviços a terceiros atendendo a seus objetivos sociais.

Art. 2º. Constatada a ausência das características da sociedade cooperativa, deverá o Agente da Inspeção do Trabalho comunicar o fato, por escrito, à chefia imediata.

Parágrafo único. Recebida a comunicação, a chefia imediata, quando for o caso, apresentará denúncia à Procuradoria Regional do Trabalho, conforme previsto no art. 6º da Lei nº 7.347, de 05 de julho de 1985, e incisos I, III e IV do art. 83 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Art. 3º. Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação.
 (destaques adotados)

Assim, era prova que competia à própria União, sendo que nesse sentido já decidiu esta E. Corte Regional, inclusive em demandas nas quais a contratação havia sido operada por meio da Cooperativa dos Trabalhadores Rurais de Bebedouro e Região - COOPERAGRI, tal qual nestes autos. Colaciono os seguintes precedentes:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - TRABALHISMO - COLHEITA DE LARANJA REALIZADA POR TRABALHADORES VINCULADOS À COOPERATIVA DE TRABALHO - UNIÃO A NÃO LOGRAR DESCARACTERIZAR O COOPERATIVISMO, INSUBSISTINDO A AUTUAÇÃO PARA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO (ARTIGO 168, CLT) - PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS 1. Consoante o Auto-de-Infração, *o próprio Fiscal a reconhecer que a colheita de laranjas estava sendo realizada por intermédio da Cooperagri, ao passo que nenhum elemento a descaracterizar aquele trabalho cooperado a ter sido coligido aos autos*, levando-se em consideração que a parte executada carrou o contrato de serviços assinado com a Cooperativa, com expedição de notas fiscais, esta a possuir CNPJ, bem assim reconhecida pela Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo, *outrossim* carreadas as fichas de cadastro dos obreiros (flagrados na autuação) junto ao ente cooperativo, presentes inclusive guias de recolhimento de previdenciária contribuição/filiação. 2. Destaque-se que o Auto-de-Infração de fls. 48 mencionou a caracterização de relação empregatícia no labor prestado, todavia inexistem aos autos elementos evidenciadores de quais convicções ensejaram aquela constatação, tendo sido a impugnação fazendária puramente teórica, em nenhum momento elucidando detalhes a respeito da infração em pauta. 3. Não prospera a angulação unicamente formal adotada pelo Fisco em face do conjunto apresentando pelo embargante, no tocante ao trabalho que lhe foi prestado, assim não havendo de se falar na constatação de vínculo empregatício, então desincumbido o contratante aos ditames do implicado artigo 168, CLT, alvo destes embargos. 4. *Tivesse a União logrado demonstrar a presença dos elementos previstos no artigo 3º, CLT, bem assim evidenciasse qualquer mácula na relação cooperativa em cena, poderia o desfecho desta lide ser-lhe favorável, contudo não é o que se descortina dos autos, com efeito. Precedente.* 5. Provimento à apelação, reformada a r. sentença, para julgamento de procedência aos embargos, sujeitando-se a União ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor da execução (R\$ 2.063,98, fls. 352), atualizada monetariamente até o efetivo desembolso, artigo 20, CPC.

(TRF3, AC 00206228120054039999, Rel. Juiz Conv. SILVA NETO, JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA C, v.u., DJe 03/10/2011);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA TRABALHISTA - INFRAÇÃO AO ARTIGO 157, I, CLT. PRODUTOR RURAL. COOPERATIVA - FINALIDADE PRINCIPAL: PRESTAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA RURAL - GARANTIR MELHORES CONDIÇÕES DE TRABALHO AOS SEUS ASSOCIADOS RURAIS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. 1. Impertinência entre o alegado pela apelante em suas razões de apelação com a matéria discutida nestes autos, visto que não há regulamentação ou exigência de requisitos que devam ser respeitados para que um tomador possa contratar os serviços de uma cooperativa. 2. Primeiramente, trata-se o embargante de um produtor rural que contratou

serviços de uma cooperativa para realizar a colheita de laranjas. *A citricultura, assim como qualquer outra produção agrícola, é sazonal e influenciada por fatores externos ao controle do produtor rural, circunstâncias estas que fazem variar os períodos em que produtor rural necessitará de mão-de-obra para a realização da colheita, sendo, na maioria das vezes, em apenas determinadas épocas do ano.* 3. A cooperativa contratada pelo embargante “COOPE-RAGRI - Cooperativa de Trabalho dos Trabalhadores Rurais de Bebedouro e Região Ltda.” foi fundada com a finalidade de “construir uma sociedade cooperativa de trabalho para prestação de serviços de características rurais, tendo sempre em vista obter melhores remunerações e condições de trabalhos aos seus associados” (fls. 75). 4. *Cooperativa sólida no ramo e local em que atua*, visto que possui sede própria, expede regularmente editais de convocação seja para realização de Assembleias Gerais Ordinárias ou Extraordinárias (fls. 124/128) e emite notas fiscais ao receber os pagamentos efetuados pelos respectivos tomadores de serviço (fls. 33/34), bem como é a própria cooperativa que repassa os valores recebidos aos associados, emitindo recibos de pagamento autônomo (fls. 177/182). 5. Não há que falar em fraude na contratação de cooperativa a fim de se ver o embargante livre dos encargos trabalhistas, pois todos os documentos trazidos aos autos comprovam a legitimidade da sociedade cooperativa e de sua contratação, sendo que cabia à embargada rebater e afastar todas as alegações deduzidas pelo embargante, ora apelado, não tendo aquela se desincumbido do referido encargo. 6. A verba honorária foi fixada moderadamente, nos termos do art. 20, § 4º, do Código Processual Civil. 7. Desprovimento à apelação. (TRF3, AC 00441077620064039999, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, Terceira Turma, v.u., DJe 10/11/2009).

Destaque-se, ainda, que mesmo sendo a colheita considerada uma das “atividades-fim” de uma fazenda, consiste esta em *atividade sazonal por decorrência de sua própria natureza*, atrelada à variação estacional, e não habitual, revelando-se estar a contratação voltada à consecução de *trabalho temporário*, cuja hipótese de “intermediação” é admitida pela já citada Súmula 331 do TST e pelo Estatuto do Trabalho Rural, mediante as condições ali fixadas.

Portanto, permitida *a priori* tal contratação, somente poderia ser desconsiderada para fins de caracterização de relação empregatícia se demonstrada fraude ou simulação na formação do vínculo cooperativo. E, quanto ao tema, lembre-se a fraude ao Direito do Trabalho somente se configurar diante de atos praticados com a intenção efetiva de desvirtuar ou impedir a aplicação da CLT (artigo 9º), situação não demonstrada *in casu*, uma vez derivar dos elementos dos autos a plena aplicabilidade do parágrafo único do artigo 442 da CLT à hipótese, daí não mais prevalecendo a presunção de veracidade da inscrição em dívida ativa, como já dito.

Portanto, não restou demonstrada a presença dos elementos necessários à caracterização do vínculo empregatício, insculpidos no artigo 3º da CLT, hábeis a embasar a autuação procedida.

Consigne-se, ademais, não se desconhecer, de fato, haver inúmeras cooperativas de fachada, cuja contratação da prestação de serviços se faz pela via da fraude aos direitos dos trabalhadores, gerando grande número de demandas perante a Justiça de Trabalho, prática ainda mais recalcitrante no âmbito do trabalho rural. Entretanto, tal linha de raciocínio não pode ser adotada a toda e qualquer contratação de trabalho cooperado, sob pena de se generalizar indevidamente a tese de que a negociação através de cooperativa sempre traduz fraude para travestir o vínculo empregatício, inviabilizando o próprio instituto constitucionalmente contemplado. Torna-se imperiosa, portanto, a comprovação cabal da roupagem ou utilização meramente simulatória e fraudulenta da figura jurídica da cooperativa, evidenciando-se, assim, o desvirtuamento do real cooperativismo e caracterização da relação de emprego, o que não ocorreu *in casu*.

Não se pode conceber vir a União, em todos os procedimentos de fiscalização vinculados à aferição das reais condições de trabalho, e nos correlatos processos judiciais concernentes a tais autuações, em especial no âmbito rural, arguir que toda e qualquer contratação via cooperativa está inevitavelmente fadada à fraude, por presunção *juris et de jure*. Isso implicaria em se admitir a completa falência legislativa no tratamento do tema, ceifando-se prematuramente a existência do instituto da cooperação no bojo da própria letra da lei.

Em outras palavras, instituiu o Ente Federal um sistema para fomentar a contratação pela via do cooperativismo. Estaria ele plenamente válido apenas para fins de arrecadação exacional e não para a consecução de sua *ratio essendi*, concernente a remediar, dentre outros, o desemprego e o êxodo rural?

Corroborando o teor ora aduzido, colaciono, ainda, o aresto a seguir, desta E. Quarta Turma:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. CLT. TRABALHADORES SEM O DEVIDO REGISTRO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTUAÇÃO AFASTADA. 1. Para a caracterização da relação jurídica empregatícia é necessário, o preenchimento simultâneo dos elementos dispostos no *caput* do referido artigo 3º da CLT. 2. *A autuação fiscal baseou-se na narrativa firmada pelo fiscal do trabalho quando da fiscalização, na qual foi constatada a existência de empregados sem o devido registro. Entretanto, não foi apresentado nenhum elemento de prova capaz de confirmar tal assertiva. Sequer uma prova documental ou testemunhal.* 3. *Quando da instrução, a Fazenda Nacional sequer pediu a produção de qualquer prova, limitando-se a informar que não teria provas a produzir.* 4. A prova documental produzida com a inicial é farta, demonstrando a existência de uma cooperativa de mão-de-obra de trabalhadores rurais, tendo sido juntados os devidos contratos, recibos de pagamentos, dentre outros documentos que corroboram a tese de inexistência de relação de emprego. 5. Embora a autuação fiscal constituiu-se em ato administrativo e este goza da presunção de legalidade e veracidade que somente pode ser afastada mediante prova robusta a cargo do particular, o que no caso dos autos, a embargante conseguiu demonstrar. 6. Remessa oficial e apelação improvidas. (TRF3, APELREEX 00204810420014039999, Rel. LEONEL FERREIRA, Quarta Turma, v.u., DJe 12/01/2012).

Impende anotar, ainda, uma ressalva quanto aos termos da autuação, os quais contemplaram situação peculiar da qual se descurou a própria União.

Os nomes dos trabalhadores que se encontravam à frente de trabalho na fazenda do embargante, no momento da fiscalização, estão discriminados no levantamento físico de fls. 17/22, estando os documentos de adesão à Cooperativa relativamente a tais trabalhadores colacionados às fls. 28/159.

Da meticulosa análise dos elementos dos autos é possível verificar inexistir qualquer documentação atinente aos trabalhadores IVAN CARLOS TOFAGLIERI e FABIO LUIZ BATISTA (fl. 17). Em verdade, consta do relatório da fiscalização tais trabalhadores contarem, à época, com 15 e 14 anos, respectivamente, situação irregular não só frente ao direito trabalhista, como ao próprio direito cooperativista e ao contrato celebrado entre o embargante e a Cooperativa, o qual contempla expressamente a vedação à contratação de menores de idade, consoante a Cláusula 5.5 do Contrato de Prestação de Serviços (fl. 24).

Portanto, a arguição do embargante quanto à regular contratação dos trabalhadores por meio da Cooperativa não se aplica a IVAN CARLOS TOFAGLIERI e FABIO LUIZ BATISTA, pois a esta não eram associados, nem poderiam ser, em razão da sua condição de menoridade.

Destarte, uma vez constatada a presença de ambos na frente de trabalho, e a eles não sendo aplicável o vínculo cooperativo, incumbia investigar se estavam ou não efetivamente trabalhando, ou se a situação deles era, *e.g.*, a de aprendizes, a fim de se aferir possível violação ao artigo 403 da CLT, o qual veda qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendizes, a partir dos quatorze anos, já que com efeito em relação a eles não se pode perquirir acerca de “registro do contrato de trabalho”, dada a vedação legal.

A própria União se mostrou ciente de tal realidade não só no bojo do procedimento administrativo, como em suas manifestações nos presentes autos, frisando a “presença de menores” por ocasião da fiscalização, donde admitiu por via indireta a *incorreção da autuação*. Isso porque, constatada tal afronta à legislação do trabalho pela fiscalização, seria imperioso o desdobramento da autuação, pois em relação à situação daqueles restaria *a priori* configurada a infração ao citado artigo 403 da CLT, aplicando-se a multa consoante os critérios do artigo 434 do mesmo diploma.

Entretanto, constando do título executivo a dívida ser decorrente de imposição de multa por infração ao artigo 41, c/c artigos 3º e 4º da CLT, consoante os critérios específicos do artigo 47 do mesmo diploma legal quanto à fixação dos valores, não se pode de tal forma manter a imposição da penalidade, dada a ausência de coadunação da situação fática à tipificação procedida.

Ainda que se entenda defender-se o autuado “de fatos” e não “da capitulação” constante do auto de infração, para fins de direcionamento da dilação probatória, a discrepância entre ambos *in casu* revela a sua nulidade, dada a completa ausência de correlação fática na atuação, atingindo de modo contundente a higidez do próprio título executivo.

Diante disso, por fundamento diverso, consoante os termos ora esposados, não pode subsistir a autuação em relação aos trabalhadores menores, supramencionados.

Por derradeiro, de se analisar a *verba honorária sucumbencial*, a qual não deve ser arbitrada de maneira desproporcional, seja em valor manifestamente exagerado, seja em valor irrisório, distanciando-se, assim, das finalidades da lei. Sua fixação deve ser justa e adequada à circunstância de fato (TRF3, AC 00081683820104036105, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, Quarta Turma, v.u., DJe 12/04/2012).

Logo, o valor arbitrado a título de condenação em honorários advocatícios deve atender às finalidades da lei, de modo a fixá-lo em patamar justo e adequado à circunstância de fato, segundo o princípio da razoabilidade e os contornos fáticos da demanda, não estando o magistrado adstrito aos percentuais apontados no artigo 20 do CPC.

Na hipótese, atribuiu-se à causa o valor de R\$ 31.469,94 em junho de 1998, aproximadamente R\$ 85.177,00 em abril de 2014, com atualização pelo Manual de Orientação e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF.

Portanto, considerando o valor da causa, bem como o trabalho despendido pelos procuradores e a complexidade da lide, afigura-se razoável a fixação dos honorários sucumbenciais no importe de R\$2.500,00, na linha de entendimento desta E. Quarta Turma, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, a cargo exclusivo da União, único ponto a ser reformado na sentença recorrida, por força do reexame necessário, dada a omissão da Fazenda quanto ao tema.

Diante do expendido, a presunção de liquidez e certeza do título executivo restou ilidida pelo embargante, pois revelada a ineficácia do título que aparelha a execução, tornando imperiosa a procedência dos embargos à execução, consoante os termos e fundamentos supradecorridos, determinando-se a extinção do executivo fiscal, cabendo à União arcar com as

custas e despesas processuais, reformando-se a sentença tão somente quanto à verba honorária sucumbencial, fixada em R\$ 2.500,00.

Oportunamente, proceda-se ao levantamento da penhora.

Face ao exposto, *nego provimento* à apelação da União e *dou parcial provimento* à remessa oficial, tida por submetida.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0001690-58.2008.4.03.6113
(2008.61.13.001690-1)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: JOUBERTI LUIZ JACOBINI
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 1564471
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA. VIA ADEQUADA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE PROVAS. FIES. FIANÇA. LIMITAÇÃO DA GARANTIA AOS INSTRUMENTOS ASSINADOS PELO FIADOR. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

I - O recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se à mera reiteração do quanto já alegado.

II - Registre-se que a análise do contrato trazido à inicial em nada se relaciona com análise acurada de prova, mas, unicamente, do instrumento que embasa a propositura da ação e a questão de direito que dali decorre. A ação, ademais, foi julgada antecipadamente, o que só corrobora a ausência de provas alheias àquelas necessárias para o ajuizamento da demanda e para a análise da matéria de direito. A via monocrática, portanto, é adequada.

III - Em que pese a regularidade da exigência de apresentação de fiador, pelo estudante, para concessão do crédito estudantil ofertado pelo FIES, bem como exigência de comprovação de idoneidade do garante, a fiança há de ser escrita e não admite interpretação extensiva, conforme preconiza o artigo 819, do Código Civil.

IV - Ressalte-se que interpretação contrária, segundo a qual o fiador se responsabiliza por dívida firmada por "aditamento simplificado" sem a sua anuência, implicaria na possibilidade de aumentar o seu ônus de maneira indeterminada, contrariando a natureza do negócio jurídico em questão e as normas contidas no Código Civil e, no limite, minando a própria efetividade do instituto.

V - A decisão proferida foi devidamente fundamentada, sendo demonstradas, à exaustão, as razões de convicção do Julgador e os motivos pelos quais não se vislumbra violação aos dispositivos legais invocados.

VI - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal, previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto contra decisão monocrática que deu provimento à apelação.

A decisão agravada deu provimento à apelação para limitar a garantia da fiança apenas ao instrumento devidamente assinado pelo fiador.

Inconformada, a ora agravante aduz que a situação em apreço não comportaria julgamento pela via monocrática sob o fundamento de que a matéria requer análise de prova, bem como que o provimento do apelo não se sustenta uma vez que a previsão da fiança no contrato assinado estende-se a todos os seus aditamentos.

Apresentado o feito em mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, inciso I, do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

De início, observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 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 mera decisão monocrática, a 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. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Justificada, portanto, a decisão solitária do Relator. Ademais, registre-se, a análise do contrato trazido à inicial em nada se relaciona com análise acurada de prova, mas, unicamente, do instrumento que embasa a propositura da ação e a questão de direito que dali decorre. A ação, ademais, foi julgada antecipadamente, o que só corrobora a ausência de provas alheias àquelas necessárias para o ajuizamento da demanda e para a análise da matéria de direito.

No mais, de maneira geral, a decisão, quanto ao objeto do inconformismo, decidiu a questão ao afirmar que:

É pacífico o entendimento segundo o qual é legítima a exigência de prestação de garantia pessoal para celebração de contratos que versam sobre financiamento estudantil vinculado ao FIES. A Lei 10.260/01, ao instituir o programa, prevê expressamente, em seu artigo 9º, a fiança como a garantia principal nesses tipos de contrato, seguida do fiador solidário e da “autorização para desconto em folha de pagamento”, além das modalidades previstas pelas Portarias nº 1.725/2001 e nº 2.729/2005 do MEC.

Ainda quanto à fiança, já se assentou, ademais, o entendimento da regularidade do artigo 5º, VI, da Lei 10.260/01, que permite a exigência de comprovação de idoneidade do fiador apresentado pelo estudante para a assinatura do contrato de financiamento vinculado ao FIES, a qual será aferida pelos critérios estabelecidos na Portaria MEC 1.716/2006.

Em que pese a regularidade da exigência de apresentação de fiador, pelo estudante, para concessão do crédito estudantil ofertado pelo FIES, bem como exigência de comprovação de idoneidade do garante, a fiança há de ser escrita e não admite interpretação extensiva, conforme preconiza o artigo 819, do Código Civil:

“Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”.

Ademais, em se tratando de negócio jurídico benéfico, ou seja, aquele que traz obrigação para apenas uma das partes, incide a regra do artigo 114, do Código Civil, a qual, por expressa disposição, determina estrita interpretação, *verbis*:

“Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

No mais, além de não admitir interpretação extensiva, a fiança pode ter sua extensão limitada à parte da dívida, conforme a literalidade do artigo 823, do Código Civil:

“Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até o limite da obrigação afiançada.”

Ora, considerando-se a natureza de negócio jurídico benéfico da fiança, depreende-se que as normas citadas têm natureza cogente, não sendo razoável onerar ainda mais, e por interpretação extensiva, o sujeito de direito que, de boa fé, figura no polo passivo da fiança, obrigação unilateral e acessória, sem qualquer contraprestação do credor da obrigação ou do afiançado. Ressalte-se que interpretação contrária, segundo a qual o fiador se responsabiliza por dívida firmada por “aditamento simplificado” sem a sua anuência, implicaria na possibilidade de aumentar o seu ônus de maneira indeterminada, contrariando a natureza do negócio jurídico em questão e as normas contidas no Código Civil e, no limite, minando a própria efetividade do instituto.

No caso dos autos, o apelante anuiu, expressamente, apenas ao aditamento do contrato no que se referia ao 2º semestre de 2006 (fls. 17/18). É, portanto, responsável apenas ao período. Saliente-se que o fato de constar na cláusula quarta do termo de aditamento de fl. 17 a ratificação dos termos do contrato originário por evidente não implica em assunção, pelo fiador, da dívida dantes contraída pela corréi Thatiane Jacobini Batarra.

Do exposto, considerando o teor dos artigos 114, 819 e 823, do Código Civil, entendo que os fiador se obrigou pelos valores efetivamente liberados no aditamento que assinou (fls. 17/18), não se responsabilizando pelos valores relativos ao contrato original e demais aditamentos que não assinou.

Neste sentido, já decidi este Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. MONITÓRIA. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM SEDE RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA NO MOMENTO OPORTUNO. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. DESCABIMENTO. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1 - Não se conhece de documentos trazidos aos autos apenas em sede de recurso, quando inexistente demonstração da impossibilidade de sua produção no momento oportuno (instrução processual).

2 - O autor, que mantinha em seu poder as informações tidas por relevantes, não se desincumbiu de apresentá-las aos autos em data anterior ao julgamento que pretende reverter, sem que houvesse qualquer dificuldade de fazê-lo.

3 - Nos termos da Lei Civil: ‘A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva’ (redação do art. 1.483 do Código Civil de 1916, vigente à época da formalização do

instrumento, e repetida no art. 819 do atual Código Civil).

4 - No caso dos autos, o instrumento de financiamento estudantil firmado pelo fiador tem por objeto um financiamento em valor fixo, referente ao 2º- semestre letivo de 1999.

5 - Ainda que exista previsão contratual no sentido da possibilidade de prorrogação no prazo de utilização do financiamento, fato é que tal intenção deveria ter sido formalizada, por escrito, mediante aditamento.

6 - Se inexistente nos autos qualquer demonstração de que tais aditamentos foram sequer formalizados, de rigor reconhecer a limitação da responsabilidade do fiador e co-réu Ricardo, exclusivamente, pelo valor financiado no segundo semestre de 1999, com os encargos contratualmente previstos.

7 - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

8 - Agravos desprovidos.”

(TRF3, AC 0015774-11.2005.4.03.6100, Primeira Turma, Rel. José Lunardelli, 02/04/2012)
 “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. APLICABILIDADE. PEDIDO DE REFORMA DE DECISÃO. FIES . CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FIANÇA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA . INADMISSIBILIDADE.

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. Precedentes do STJ.

2. O Superior Tribunal Justiça, em decisão submetida ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que não se admitia a capitalização de juros em contrato de crédito educativo, tendo em vista a inexistência de previsão expressa em norma específica (STJ, REsp nº 1155684, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12.05.10; REsp nº 880360, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5.05.08 e REsp nº 630404, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.02.07). Desse modo, aplicava-se aos contratos em questão a Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal. No entanto, a Medida Provisória nº 517, publicada em 31.12.10, alterou a redação do art. 5º da Lei nº 10.260/01, autorizando a cobrança de juros capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo Conselho Monetário Nacional, nos contratos submetidos ao Programa de Financiamento Estudantil. Por conseguinte, para os contratos de crédito educativo firmados até 30.12.10, é vedada a cobrança de juros sobre juros, sendo autorizada a capitalização mensal em relação àqueles celebrados após essa data.

3. Conforme estabelece o art. 819 do Código Civil, a fiança não admite interpretação extensiva, de maneira que a cláusula genérica de ratificação da dívida pelas partes não pode alcançar a fiador a, que se obrigou apenas pelos aditivos por ela assinados (STJ, REsp nº 594.502, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 10.02.09; REsp nº 594.178, Rel. Min. Paulo Gallorri, j. 09.03.04; AgRg no Ag nº 521.978, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.11.03).

4. Agravo legal não provido.”

(TRF3, AC 0008805-70.2007.4.03.6112, Quinta Turma, Rel. Juíza Federal Convocada Louise Filgueiras, 26/02/2011)

Merece, pois, provimento o recurso.

À vista do referido, nos termos do artigo 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil e inciso XII, do artigo 33 do Regimento Interno deste Tribunal Intermediário, dou provimento à apelação para limitar a fiança ao instrumento devidamente assinado pelo fiador, na forma da fundamentação acima.

O juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

Das alegações trazidas no presente, salta evidente que não almeja a agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.

A decisão proferida foi devidamente fundamentada, sendo demonstradas, à exaustão, as razões de convicção do Julgador e os motivos pelos quais não se vislumbra violação aos dispositivos legais invocados.

Conclui-se, das linhas antes destacadas, que a decisão monocrática observou os limites objetivamente definidos nos dispositivos processuais que a embasam.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.**

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0019659-97.2010.4.03.9999
(2010.03.99.019659-0)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP

Apelado: MUNICÍPIO DE SERRA NEGRA - SP

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SERRA NEGRA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES (Vice-Presidente)

Classe do Processo: AC 1514445

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2014

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXCEPCIONAL COM BASE NO ART. 543-C, § 7º, INCISO I, DO CPC. CABIMENTO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI Nº 5.991/73. APLICAÇÃO ADEQUADA DO PARADIGMA AO CASO CONCRETO. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Cabimento do agravo regimental perante o Tribunal *a quo* contra decisão que nega seguimento a recurso excepcional, com fulcro no artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC, firmado pelo Pleno do E. STF em Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358, sob a relatoria do E. Ministro Gilmar Mendes, DJe 19/02/2010, bem como na Questão de Ordem no AG nº 1.154.599/SP., de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, DJe 15/02/2011.

II - O agravante se insurge contra a adequação do seu recurso especial ao paradigma julgado pelo E. STJ sob o rito dos repetitivos (REsp nº 1.110.906/SP), nos moldes estabelecidos pelo artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC.

III - O recurso especial interposto pelo agravante trata exatamente do mesmo tema solucionado pelo paradigma indicado, qual seja exigência de permanência de profissional farmacêutico em dispensário de medicamentos - de forma que a decisão hostilizada, que lhe negou seguimento ao aplicar o julgado parêlho em sede de repetitivo, não merece qualquer reparo.

IV - Recurso manifestamente protetatório. Litigância de má-fé caracterizada. Incidência da multa prevista no artigo 17, incisos IV, V e VII, c.c. 18, *caput*, todos do CPC.

V - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, JOHONSOM DI SALVO (com ressalva do entendimento pessoal), LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANTÔNIO CEDENHO (convocado para compor quórum), PAULO FONTES (convocado para compor quórum), NINO TOLDO (convocado para compor quórum), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA e PEIXOTO JÚNIOR.

E, por maioria, condenar o agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, JOHONSOM DI SALVO, LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANTÔNIO CEDENHO (convocado para compor quórum), PAULO FONTES (convocado para compor quórum), NINO TOLDO (convocado para compor quórum), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA e PEIXOTO JÚNIOR. Vencido o Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, que não aplicava a pena de multa.

São Paulo, 08 de outubro de 2014.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES – Vice-Presidente

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Vice-Presidente):

Trata-se de agravo interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo contra decisão desta Vice-Presidência que negou admissibilidade a recurso especial por constatar que o v. acórdão por ele hostilizado está em consonância com entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos recursos repetitivos (REsp nº 1.110.906/SP), nos moldes do artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC.

Sustenta o agravante que a matéria vertida em seu recurso especial - exigência de profissional farmacêutico em dispensário de medicamentos das Unidades Básicas de Saúde - UBS - é diversa do paradigma indicado (REsp nº 1.110.906/SP), apreciado pelo E. Superior Tribunal de Justiça segundo o rito do artigo 543-C, do CPC, representativo de controvérsia, no qual a questão de direito é diversa, porquanto se discutiu o cancelamento das multas impostas a um hospital em razão de sua farmácia popular não possuir profissional farmacêutico.

Diz que nas Unidades Básicas de Saúde os medicamentos prescritos pelos médicos são retirados gratuitamente, mediante apresentação do receituário médico pelo paciente, que o leva para sua residência para dar início ou continuidade ao tratamento, assemelhando-se, assim, o dispensário de uma UBS a uma drogaria.

Contraminuta ao agravo apresentada às fls.

Diante do julgamento do AgRg no REsp nº 515.890/SP, de relatoria do E. Ministro Humberto Martins (2ª Turma - DJe 26/05/2014), no qual firmado o entendimento no sentido de que o paradigma resolvido (REsp nº 1.110.906/SP) se aplica aos dispensários das Unidades Básicas de Saúde - UBS, o recorrente, instado a se manifestar sobre seu interesse no julgamento deste agravo regimental, afirmou remanescer interesse.

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES – Vice-Presidente

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Vice-Presidente):

Consigno, inicialmente, que recebo o agravo interposto com fulcro no artigo 557, do CPC, como agravo regimental em observância ao princípio da fungibilidade recursal, por não considerar a existência de erro grosseiro.

O entendimento acerca do cabimento do agravo regimental perante o Tribunal *a quo* contra decisão que nega seguimento a recurso excepcional aplicando o disposto no artigo 543-B, § 3º, do CPC, restou firmado pelo Pleno do E. STF em Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358, sob a relatoria do E. Ministro Gilmar Mendes, DJe 19/02/2010, em julgado assim ementado:

Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem.

Com escora nesse precedente, igualmente o E. STJ no julgamento de Questão de Ordem no AG nº 1.154.599/SP, sob a relatoria do Ministro César Asfor Rocha (DJe 15/02/2011) aplicou o mesmo entendimento. Veja-se:

QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

- Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC.

- Agravo não conhecido.

Do voto condutor, extraio os seguintes excertos, *in verbis*:

...

cabe aqui discutir uma terceira questão. Poderá haver hipóteses em que, de fato, o recurso especial terá seguimento negado indevidamente, por equívoco do órgão julgador na origem. Nesse caso, caberá apenas agravo regimental no Tribunal *a quo*.

Observo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358-7, decidiu de forma semelhante. Considerando inadequada a utilização da reclamação para correção de equívocos na aplicação da jurisprudência daquele Tribunal aos processos sobrestados na origem pela repercussão geral, entendeu que o único instrumento possível a tal impugnação seria o agravo interno.

...

Neste colegiado, o cabimento do agravo regimental foi discutido à exaustão no julgamento do Mandado de Segurança nº 2013.03.00.005141-3, de relatoria da E. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, ocasião em que, na esteira do entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, restou assentado o cabimento do agravo regimental contra decisão de negativa de seguimento de recurso especial com base no artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC.

Do v. acórdão, extraio os seguintes excertos, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU ADMISSIBILIDADE A RECURSO ESPECIAL NOS TERMOS DO ARTIGO 543-C, § 7º, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E RECEBEU COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO O AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA O TRANCAMENTO. ADMISSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO.

- Após as alterações trazidas pela Lei 11.672/2008, que introduziu o artigo 543-C no Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, notadamente a previsão contida no inciso I do § 7º do dispositivo em questão, segundo o qual os especiais, tomando-se em consideração decisão proferida no recurso representativo da controvérsia tomado como paradigma, “terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça”, a orientação consolidada tanto no Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 760.358, Pleno, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 12.2.2010) quanto no Superior Tribunal de Justiça (Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599, Corte Especial, rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe de 12.5.2011) é de que, em se tratando de recurso trancado na origem por estar o acórdão hostilizado em consonância com o julgado tirado sob a aludida sistemática do artigo 543-C, o agravo previsto no artigo 544 apresenta-se incabível para corrigir eventuais equívocos porventura cometidos pela instância *a quo* no aludido enquadramento, infirmando-se o emprego de medida cautelar ou mesmo de reclamação, restando como meio de insurgência contra essa negativa de admissibilidade apenas a interposição de agravo regimental perante o respectivo tribunal. (destaquei)

- Embora possível, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a utilização de reclamação contra a decisão de presidente ou vice-presidente de corte local de não conhecimento do agravo interno interposto contra a negativa de recurso especial com base no artigo 543-C, § 7º, I, do CPC - a que se equipara o ato impetrado, de recebimento do regimental como embargos de declaração e consequente rejeição, já que em ambas as situações o controle dos fundamentos acerca da não viabilidade do recurso especial em desarmonia com a orientação do precedente específico fica circunscrito ao juízo do prolator da decisão, escapando do crivo do colegiado -, a fim de que não reste prejuízo algum ao jurisdicionado em decorrência da inadequada aplicação do *leading case* referente às causas repetitivas, ausente a identidade da questão de direito analisada no julgado tido como representativo e aquela posta em debate no caso concreto, o próprio mandado de segurança tem sido aceito para esse propósito.

- Vencida a oportunidade de correção, em juízo de retratação, de engano possivelmente cometido na decisão denegatória tomada nos moldes do artigo 543-C, § 7º, I, do CPC, sobre apenas o mandado de segurança (inciso II do artigo 5º da Lei 12.016/2009), sobretudo diante da inexistência, no Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de previsão de cabimento de agravo contra pronunciamento da Vice-Presidência no exercício de atividade própria.

(...)

Acerca da competência deste colegiado para julgamento do agravo regimental interposto em casos como o presente, à míngua de previsão regimental, destaco a declaração de voto do E. Desembargador Federal Márcio Moraes, proferido no julgamento do já citado Mandado de Segurança, do qual extraio os seguintes excertos, *in verbis*:

...

Nem nos impressiona o argumento de que nosso Regimento não contempla expressamente a previsão de oferta de agravo regimental nessas situações. Primeiro que o texto regimental é anterior às mudanças legislativas, de sorte tal que nem admissível seria esperar que regulasse tais especificidades. Segundo que empecilho algum existe, a nosso ver, na aplicação extensiva do disposto no art. 250 do RITRF-3ª Região, disciplinador dos agravos internos. E, por derradeiro, este Órgão Especial já se pronunciou no sentido de que decisões da Vice-Presidência desafiam, verdadeiramente, o recurso de que se cuida, como se verifica, claramente, do aresto que segue: “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA VICE-PRESIDÊNCIA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - Hipótese de indeferimento de anulação de atos processuais praticados após publicação de decisão de inadmissibilidade de recurso especial. Decisão recorrível por meio de agravo regimental ou cumprindo a parte postular na forma que entender cabível perante a Corte Superior. Aplicação na espécie da Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. - Agravo regimental desprovido”.

(MS 00376270920064030000, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, j. 10/04/2013, e-DJF3 12/08/2013).

Ante o exposto, no mérito, divergindo da douta relatoria, concedo a ordem, para assegurar o recebimento do agravo regimental pela ilustrada Vice-Presidente, sem embargo de eventual averiguação por Sua Excelência de pressupostos outros para seu regular processamento.

...

No mesmo sentido a declaração de voto da E. Desembargadora Federal Diva Malerbi, proferida no mesmo feito:

...

Assim, na esteira do entendimento sufragado nos Tribunais Superiores concedo parcialmente a ordem para que o agravo regimental interposto contra a decisão denegatória do recurso especial, proferida nos termos do art. 543-C, § 7º, I, do CPC, seja devidamente processado e julgado por esta Corte.

Proponho, ainda, a teor do contido no § 9º do art. 543-C do CPC, que referido agravo regimental obedeça ao rito previsto no art. 250 e seguintes do Regimento Interno deste TRF-3ª Região, sendo competente para seu julgamento este Órgão Especial, procedendo-se as devidas anotações através de assento regimental. (destaquei)

...

Superadas as questões de cabimento deste recurso e de competência deste Órgão Especial para seu julgamento, passo ao exame do agravo regimental por meio do qual o agravante se

insurge tão-somente quanto à adequação do seu recurso especial ao paradigma julgado pelo E. STJ sob o rito dos repetitivos, nos moldes estabelecidos pelo artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC.

Pois bem, pela decisão objurgada por este agravo regimental, houve por bem esta Vice-Presidência negar seguimento ao recurso especial porque a matéria nele discutida - exigência de profissional farmacêutico em dispensário de medicamentos em hospitais e clínicas - não comportava discussão, diante da orientação pretoriana firmada no julgamento do REsp Representativo de Controvérsia nº 1.110.906/SP., no sentido de ser taxativo o rol do artigo 15, da Lei nº 5.991/73, vedada a interpretação sistemática tendente a incluir hipótese não contemplada, bem assim instituir obrigação decorrente de regulamento, desbordando dos limites legais.

Nesse passo, concluiu o *decisum* hostilizado pela inexistência de determinação legal para a exigência de farmacêutico em dispensários de medicamentos de pequenos hospitais e de clínicas, aplicando-se, adicionalmente, o entendimento sufragado pela Súmula 140 do extinto TFR.

O *leading case* julgado em sede de repetitivo, no qual se escorou a decisão objurgada, é oriundo da E. 6ª Turma deste Regional, e está assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI Nº 5.991/73. OBRIGAÇÃO POR REGULAMENTO. DESBORDO DOS LIMITES LEGAIS. ILEGALIDADE. SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. Cuida-se de recurso especial representativo da controvérsia, fundado no art. 543-C do Código de Processo Civil sobre a obrigatoriedade, ou não, da presença de farmacêutico responsável em dispensário de medicamentos de hospitais e clínicas públicos, ou privados, por força da Lei nº 5.991/73. 2. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei nº 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal. 3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto nº 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto nº 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei nº 5.991/73. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes. 5. O teor da Súmula 140/TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente "pequena unidade hospitalar ou equivalente" (art. 4º, XV, da Lei nº 5.991/73); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Min. Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos. 6. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, combinado com a Resolução STJ 08/2008. Recurso especial improvido. (destaquei) (REsp 1.110.906/SP. Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, DJe 07.08.2012)

No recurso especial interposto sustenta o agravante, em linhas gerais que tratando-se de dispensário de medicamentos, obrigatória a manutenção de assistência farmacêutica, a teor do disposto no artigo 15, da Lei nº 5.991/73 e, assim, passível da penalidade imposta nos termos do artigo 24, da Lei nº 3.820/60. Diz que os artigos 4º e 19, da Lei nº 5.991/73, ao excepcionarem os estabelecimentos que não dependerão de assistência técnica farmacêu-

tica, não relacionou o dispensário de medicamentos e, ainda, que a análise sistemática dos artigos 15 e 19, da Lei nº 5.991/73 resultará no entendimento da manutenção obrigatória de responsável farmacêutico no dispensário de medicamentos pertencente à recorrida. Afirma a inaplicabilidade da Súmula 140 do extinto TFR.

Vê-se que o recurso especial interposto pelo agravante trata exatamente do mesmo tema solucionado pelo paradigma indicado, de forma que a decisão hostilizada, que lhe negou seguimento ao aplicar o julgado parelho em sede de repetitivo, não merece qualquer reparo.

Insta notar que o fato de se tratar de Unidade Básica de Saúde - UBS, em nada altera a aplicação do paradigma, porquanto tais unidades se equiparam ao antigo posto de saúde e nelas é desenvolvido atendimento básico de saúde, inclusive de caráter preventivo, tratando-se de pequena unidade hospitalar ou equivalente, assim considerada aquela com até cinquenta leitos. Ademais, nos dispensários de medicamentos em tais unidades são fornecidos os medicamentos tão-somente a pacientes diretamente assistidos por médicos da unidade, dispensando-se, à luz do paradigma resolvido, a exigência de farmacêutico em seus dispensários.

Nesse sentido, decidiu o E. STJ em julgado assim ementado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTROVÉRSIA SOBRE A NECESSIDADE DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO EM UNIDADES BÁSICAS DE SAÚDE. QUESTÃO ANÁLOGA À DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Corte Especial do STJ entendeu não ser cabível agravo contra decisão que nega seguimento ao recurso especial com apoio no art. 543-C, § 7º, I, do CPC (QO no Ag 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 16.2.2011, DJe 12.5.2011).

2. Conforme entendimento sedimentado pela Primeira Seção no julgamento do REsp 1.110.906/SP, realizado na sistemática do art. 543-C do CPC, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. O teor da Súmula 140/TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente "pequena unidade hospitalar ou equivalente" (art. 4º, XV, da Lei nº 5.991/73); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Min. Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos.

3. No caso dos autos, observando o teor do acórdão *a quo*, nota-se que houve decisão em sintonia com o entendimento sedimentado pelo STJ, na sistemática do art. 543-C do CPC. *O Conselho recorrente pretende reavivar a discussão da necessidade de técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos, tentando fazer crer que as Unidades Básicas de Saúde mereceriam outro entendimento a respeito da matéria. Contudo, suas alegações não convencem e está nítido que sua pretensão é rediscutir tema que já foi apreciado pelo STJ, no julgamento do recurso repetitivo.*

Agravo regimental improvido (destaquei)

(STJ, AgRg no AREsp 515890/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 19.08.2014, DJe 26.08.2014)

Em verdade, a interposição deste recurso e de outros 1500, aproximadamente, do mesmo recorrente com o mesmo teor que deverão ser trazidos a este colegiado, bem demonstra a

indisposição da parte recorrente em acatar qualquer decisão que ponha termo à controvérsia, o que conspira contra a rápida solução do litígio e agride flagrantemente o princípio constitucional da duração razoável do processo. A conduta assim perpetrada viola, outrossim, dever inescusável das partes e de todos aqueles que participam do processo, consistente em proceder com lealdade e boa-fé, não formulando pretensões destituídas de fundamento nem criando embaraços à efetivação de provimentos judiciais (CPC, artigo 14, II, III e V).

A insistência do agravante em sua pretensão de afastar a aplicação do paradigma resolvido pelo E. STJ, mesmo após ter sido declarado por aquele tribunal a aplicação daquele julgado às Unidades Básicas de Saúde, obriga, finalmente, ao reconhecimento de que se trata de expediente manifestamente protelatório, configurador de litigância de má-fé, *ex vi* do artigo 17, IV, V e VII, do CPC.

De se consignar que em casos análogos, nos quais a parte se insurge contra a adequação do caso concreto ao paradigma resolvido no âmbito dos repetitivos ou de repercussão geral, os Tribunais Superiores têm, reiteradamente, aplicado multa, de forma a coibir a conduta temerária do recorrente, que insiste em obstar o trânsito em julgado de decisão que lhe é desfavorável.

Ex-vi do seguinte julgado, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA ANTES DO PAGAMENTO. CULPA DO CONTRIBUINTE. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1.111.002/SP.

1. Iterativa jurisprudência desta Corte reconhece que a condenação da verba honorária deve ser suportada por quem dá causa à propositura da ação (princípio da causalidade). Exegese que se extrai do REsp 1.111.002/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

2. No presente caso, verificada a existência de crédito tributário, a execução fiscal foi proposta antes de sua quitação, conforme reconhece a própria recorrente. Assim, fica evidente a culpa do executado na instauração da demanda, dando causa a que o Fisco estadual promovesse o feito executivo.

3. A Primeira Seção entende que deve ser aplicada a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC nos casos em que a parte insurgir-se quanto a mérito já decidido em julgado submetido à sistemática do art. 543-C do CPC.

Agravo regimental improvido, com aplicação de multa. (destaquei)

(STJ-AgRg no AREsp 399385/ES, Rel. Ministro Humberto Martins - Segunda Turma, DJe 20/11/2013)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental e, com fundamento nos artigos 17, IV, V e VII, c.c. 18, *caput*, todos do CPC, condeno o agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, em favor da parte contrária e por valor equivalente a 1% (um por cento) do valor da causa atualizado.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES – Vice-Presidente

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0016313-60.2013.4.03.0000
(2013.03.00.016313-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Agravada: R. DECISÃO DE FOLHAS 230/231

Interessada: ANFER PARTICIPAÇÕES LTDA.

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AI 508334

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/09/2014

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. DECRETO DE INTERESSE PÚBLICO. DECURSO DE PRAZO. ART. 3º DA LC 76/1993. ÓBICE DO JUDICIÁRIO. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESSE NA DEMANDA RECONHECIDO. RECURSO IMPROVIDO.

I - 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.

II - O grupo de trabalho do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA esteve na Fazenda Retiro do Turvo no período de 25/09/06 a 25/10/06 e constatou que o imóvel se tratava de uma grande propriedade improdutiva, pelos aspectos técnicos elencados no laudo agrônômico de fiscalização. Diante de tal situação, a proprietária da Fazenda Retiro do Turvo propôs no dia 24/09/08 a ação cautelar de produção antecipada de prova pericial na expectativa de obter um parecer favorável do perito judicial de que o imóvel não pode ser objeto de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

III - Determinada a realização de perícia, o perito indicado pelo Juízo elaborou o laudo e constatou que a Fazenda Retiro do Turvo é uma grande propriedade produtiva, contrariando o laudo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA.

IV - Em que pese a fiscalização do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA ter comparecido à Fazenda Retiro do Turvo no segundo semestre de 2006 e a perícia judicial ter sido realizada nos dias 17/12/08, 25/03 e 24/04 de 2009, não dá para ignorar que temos conclusões altamente antagônicas a respeito da mesma área num curto espaço de tempo, se imaginarmos as dimensões do imóvel e, especialmente, se levarmos em conta que o grande motivo que ensejou a classificação da propriedade em improdutiva foi considerar as áreas de pastagem e de eucalipto com pastagem como área aproveitável e não utilizada. Nem se diga que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA interpôs agravo de instrumento diante da decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a sustação do procedimento administrativo e não logrou êxito em reverter a decisão. Posteriormente, interpôs agravo legal e a decisão desta Relatora nos autos do agravo

nº 0022266-10.2010.4.03.0000 foi mantida pela Colenda 2ª Turma, assim como os embargos de declaração opostos foram rejeitados também pelo Colegiado.

V - Fato é que o procedimento administrativo de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária de imóvel considerado grande propriedade improdutiva deve ser observado sob o mais alto rigor e com a segurança de que expropriações equivocadas não acontecerão.

VI - Na incerteza da produtividade ou não de uma área, em razão de laudos de profissionais especializados que contemplam soluções antagônicas, o direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal deve prevalecer e, portanto, a proprietária da Fazenda Retiro do Turvo não deve ter o seu bem desapropriado pelo menos enquanto não houver uma decisão definitiva nos autos da declaratória de produtividade. Nessa linha o julgado do C. STJ: (STJ, REsp 779965, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 22/02/11, v.u., DJe 16/05/11).

VII - O 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, o agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

VIII - 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 presente agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de setembro de 2014.

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. 230/231, na forma do art. 557 do CPC.

Em suma, o 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.

Observo 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:

Vistos, nesta data.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por ANFER Participações Ltda contra a r. decisão da MMª Juíza Federal da 1ª Vara de Bauru/SP, reproduzida à fl. 30, que nos autos da ação declaratória de produtividade de imóvel rural proposta em face do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, recebeu o recurso de apelação interposto pela ora recorrente somente no efeito devolutivo, especificamente no que se refere à revogação da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

Alega a agravante que no período de 25/09/06 a 25/10/06 uma equipe técnica do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA esteve no imóvel denominado Fazenda Retiro do Turvo, no município de Agudos, no Estado de São Paulo, e ali realizou uma inspeção na qual culminou com a elaboração de um laudo agrônômico que apontou se tratar a área de grande propriedade improdutiva, situação que não se amolda à realidade dos fatos, uma vez que nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas o perito designado pelo Juízo concluiu que a Fazenda Retiro do Turvo é uma grande propriedade produtiva e, portanto, não passível de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Sustenta que nos autos da ação declaratória foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela para suspender o procedimento administrativo de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, decisão esta que foi mantida por esta Egrégia Corte nos autos do agravo de instrumento nº 0022266-10.2010.4.03.0000, cujo andamento aponta para pendência de análise de aceitação de Recursos Especial e Extraordinário.

Aduz que o laudo elaborado pelo perito judicial é imparcial e relata exatamente as condições da Fazenda Retiro do Curvo, o que deve ser levado em consideração para tomada de decisão do Poder Judiciário, afinal de contas o perito é auxiliar de confiança do Juízo.

Pugna pelo provimento do agravo, a fim de que seja determinado o recebimento do apelo no duplo efeito no que se refere à revogação da decisão que concedeu a tutela antecipada.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo foi deferido (fls. 179/180). Diante dessa decisão, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA formulou pedido de reconsideração.

Resposta (fls. 190/196).

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do agravo (fls. 199/200).

É o relatório.

DECIDO.

O grupo de trabalho do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA esteve na Fazenda Retiro do Turvo no período de 25/09/06 a 25/10/06 e constatou que o imóvel se tratava de uma grande propriedade improdutiva, pelos aspectos técnicos elencados no laudo agrônômico de fiscalização.

Diante de tal situação, a proprietária da Fazenda Retiro do Turvo propôs no dia 24/09/08 a ação cautelar de produção antecipada de prova pericial na expectativa de obter um parecer favorável do perito judicial de que o imóvel não pode ser objeto de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Determinada a realização de perícia, o perito indicado pelo Juízo elaborou o laudo e constatou que a Fazenda Retiro do Turvo é uma grande propriedade produtiva, contrariando o laudo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA.

Em que pese a fiscalização do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA ter comparecido à Fazenda Retiro do Turvo no segundo semestre de 2006 e a perícia judicial ter sido realizada nos dias 17/12/08, 25/03 e 24/04 de 2009, não dá para ignorar que temos conclusões altamente antagônicas a respeito da mesma área num curto espaço de tempo, se imaginarmos as dimensões do imóvel e, especialmente, se levarmos em conta que o grande motivo que ensejou a classificação da propriedade em improdutivo foi considerar as áreas de pastagem e de eucalipto com pastagem como área aproveitável e não utilizada.

Nem se diga que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA interpôs agravo de instrumento diante da decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a sustação do procedimento administrativo e não logrou êxito em reverter a decisão. Posteriormente, interpôs agravo legal e a decisão desta Relatora nos autos do agravo nº 0022266-10.2010.4.03.0000 foi mantida pela Colenda 2ª Turma, assim como os embargos de declaração opostos foram rejeitados também pelo Colegiado.

Fato é que o procedimento administrativo de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária de imóvel considerado grande propriedade improdutivo deve ser observado sob o mais alto rigor e com a segurança de que expropriações equivocadas não acontecerão. Na incerteza da produtividade ou não de uma área, em razão de laudos de profissionais especializados que contemplam soluções antagônicas, o direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal deve prevalecer e, portanto, a proprietária da Fazenda Retiro do Turvo não deve ter o seu bem desapropriado pelo menos enquanto não houver uma decisão definitiva nos autos da declaratória de produtividade.

Nessa linha:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. DECRETO DE INTERESSE PÚBLICO. DECURSO DO PRAZO DE DOIS ANOS. ART. 3º DA LC 76/1993. ÓBICE DO JUDICIÁRIO. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESSE NA DEMANDA RECONHECIDO. (...) 8. O debate a respeito da produtividade do imóvel - travado na Ação Declaratória e na Medida Cautelar - interessa às partes, especialmente ao Incra, pois a partir da decisão judicial será possível iniciar definitivamente a Ação de Desapropriação ou, caso comprovada a destinação socialmente adequada da área, afastar a pretensão da União. 9. Inexiste perda do objeto, razão pela qual o acórdão recorrido deve ser anulado e os autos devolvidos à origem para que se decida definitivamente pela produtividade ou não do imóvel. 10. Como o pedido de anulação por conta do art. 535 do CPC não foi acolhido, a Turma entende que o caso é de parcial provimento. 11. Recurso Especial parcialmente provido”. (STJ, REsp 779965, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 22/02/11, v.u., DJe 16/05/11)

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao agravo para determinar o recebimento da apelação interposta nos autos de origem nos efeitos suspensivo e devolutivo no que se refere a todos os tópicos da r. sentença. (...)

Assevero que o 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, o 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

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0028153-67.2013.4.03.0000
(2013.03.00.028153-4)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravados: CLAUDIO PIGNATARI DE BARROS E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AI 518489
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/09/2014

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESTITUIÇÃO. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. COMPROVAÇÃO.

1. Apesar de haver decisão judicial transitada em julgado em outro agravo de instrumento determinando que a liquidação se fizesse por artigos, temos que, na prática, todas as partes envolvidas sustentam não mais possuir os documentos requeridos pela União - cópias de declaração de ajuste anual dos autores e da fonte retentora.
2. Na fase em que o processo se encontra, para haver prosseguimento da execução, deve-se considerar como suficiente o termo de rescisão do contrato de trabalho juntado aos autos, em obediência aos princípios da efetividade e instrumentalidade das formas.
3. A parte exequente já comprovou o seu direito, mediante juntada de cópias da rescisão do contrato de trabalho. O ônus da prova incumbe à parte que alega (artigo 333, inciso II, do CPC).
4. Exigir que a parte exequente apresente documentos que afirma não mais possuir, apenas para corroborar a tese da União, configura a chamada “prova diabólica”.
5. 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, 18 de setembro de 2014.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de decisão que, em ação ordinária em fase de execução do julgado, considerou suficiente o termo de rescisão de contrato de trabalho para cômputo dos valores retidos na fonte a título de imposto de renda. Determinou, ainda, a remessa dos autos à Contadoria Judicial, objetivando calcular os valores

passíveis de repetição.

Requer a reforma e/ou anulação da decisão agravada.

Foi indeferido o efeito suspensivo.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de questão relativa a documentos necessários para o cálculo dos valores retidos na fonte a título de imposto de renda, em fase de liquidação por artigos.

Quando da apreciação do pedido de efeito suspensivo, assim foi decidido:

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, não vislumbro a presença dos requisitos previstos no artigo 558 do CPC.

Compulsando os autos, temos que:

a) na ação ordinária, foi proferida decisão determinado a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda sobre as verbas indenizatórias recebidas em razão de demissão voluntária (fls. 29/30);

b) após o trânsito em julgado da referida decisão (fls. 74), houve citação nos termos do artigo 730 do CPC (fls. 53), tendo a parte autora apresentado cálculos, com base nos termos de rescisão de contrato de trabalho juntados aos autos;

c) nos autos dos embargos à execução (nº 2008.61.00.014337-6), foi proferida decisão determinando que a União providenciasse documentos necessários para execução do julgado. Em face da referida decisão, a União interpôs agravo de instrumento (nº 2008.03.00.039062-5), no qual foi proferida decisão pela Terceira Turma desta Corte determinado que a liquidação se fizesse por artigos (fls. 77/78 e 84/86);

d) os embargos à execução foram, então, julgados extintos, determinando-se a instauração de liquidação por artigos nos autos principais (fls. 88/89);

e) iniciada a liquidação por artigos (fls. 90/91), a ex-empregadora, devidamente intimada (fls. 136), informou não mais dispor dos documentos solicitados (fls. 137/140);

f) após a manifestação das partes, foi prolatada a decisão objeto do presente recurso, considerando suficiente o termo de rescisão de contrato de trabalho para cômputo dos valores retidos na fonte a título de imposto de renda.

Do exame dos elementos constante dos autos, apesar de haver decisão judicial transitada em julgado no agravo de instrumento nº 2008.03.00.039062-5, determinando que a liquidação se fizesse por artigos, temos que, na prática, todas as partes envolvidas sustentam não mais possuir os documentos requeridos pela União - cópias de declaração de ajuste anual de 1992 dos autores e da fonte retentora.

De fato, consta dos autos que tanto a parte exequente, Procuradoria da Fazenda Nacional, Receita Federal em Osasco e o ex-empregador afirmam não mais possuir cópias de tais documentos.

Assim, como salientado pela decisão ora agravada, observa-se que, na fase em que o processo se encontra, para haver prosseguimento da execução, deve-se considerar como suficiente o termo de rescisão do contrato de trabalho juntado aos autos, em obediência aos princípios da efetividade e instrumentalidade das formas.

Verifica-se ainda que, nesse tocante, como pretende a União analisar se o ex-empregador

teria ou não recolhido o imposto de renda discutido na ação ordinária, bem como verificar o impacto da exclusão de determinada verba da base de cálculo do imposto - questões essas que, data vênia, ao meu sentir não são objeto da lide - o ônus da prova incumbe à própria Procuradoria da Fazenda Nacional, eis que a princípio são fatos modificativos do direito do autor, consoante artigo 333, inciso II, do CPC. A parte exequente, por sua vez, já comprovou o seu direito, mediante juntada de cópias da rescisão do contrato de trabalho. Ademais, exigir que a parte exequente apresente documentos que afirma não mais possuir, apenas para corroborar a tese da União, configura a chamada “prova diabólica”. Ante o exposto, *indefiro* a antecipação da tutela recursal postulada.

Veja-se, em caso análogo, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CLÁUSULA DO EDITAL DO CONCURSO. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. EXIGÊNCIA DE PROVA DE FATO NEGATIVO. FORMALISMO EXCESSIVO. PROVA DIABÓLICA. APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, via de regra, a apreciação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança, não tem sido admitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao STJ nos termos da Súmula 7.

2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que o Tribunal *a quo* entendeu, a partir da análise dos fatos constantes dos autos, pela presença de direito líquido e certo apto a ser tutelado em sede de mandado de segurança.

3. *Isso porque, em se tratando de fato negativo (ou seja, circunstância que ainda não tinha ocorrido) a exigência da produção probatória consistiria, no caso em concreto, num formalismo excessivo e levaria à produção do que a doutrina e a jurisprudência denominam de “prova diabólica”, exigência que não é tolerada na ordem jurídica brasileira.* Precedente: AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGARESP 201202502264, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:05/02/2013, grifos meus)

Tendo em vista que não trouxe a parte agravante qualquer argumento apto a infirmar o entendimento adrede explicitado, mantenho os fundamentos da decisão provisória.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento.*

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0007160-66.2014.4.03.0000
(2014.03.00.007160-0)

Agravante: JOÃO SUDATTI E OUTROS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 105/106
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ – SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AI 528298
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2014

EMENTA

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO EM NOME DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS. CESSÃO DE CRÉDITO. INSTRUMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE REGISTRO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO A TERCEIROS. RECURSO IMPROVIDO.

I- O entendimento consignado na decisão recorrida, no sentido de que a cessão de crédito formalizada por instrumento particular - sem ter sido levada a Registro Público - não possui eficácia em relação a terceiros, não destoa do posicionamento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes jurisprudenciais.

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 com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado.

III - 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, 13 de outubro de 2014.

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 por João Sudatti e outros contra a decisão que negou seguimento ao presente agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, para manter o indeferimento de pedido de expedição de precatório em nome de sociedade de advogados favorecida por cessão de crédito, em razão de o ato não ter sido levado a registro público.

Transcrevo, abaixo, o inteiro teor do *decisum* impugnado (fls. 105/107):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por João Sudatti, Aldeni Martins e Sudatti e Martins Advogados Associados contra a R. decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Santo André/SP que, nos autos do processo nº 0004271-65.2012.4.03.6126, indeferiu o pedido de expedição de precatório em nome de sociedade de advogados.

Requer a concessão de efeito suspensivo para “QUE SEJA EXPEDIDO NORMALMENTE O PRECATÓRIO DO PRINCIPAL EM NOME DOS AUTORES” (fls. 8), suspendendo-se, porém, o precatório relativo aos honorários. Postula, ainda, o provimento do recurso para que seja expedido precatório em nome da sociedade de advogados, relativamente aos honorários advocatícios.

É o breve relatório.

Primeiramente, não conheço do pedido de efeito suspensivo, relacionado à expedição imediata de precatório em relação ao valor principal, por ausência de interesse recursal, uma vez que constou expressamente do *decisum* que, após cumpridas providências preliminares, deverão ser requisitadas “as importâncias apuradas às fls. 307” (fls. 97).

No tocante ao indeferimento do precatório em nome da sociedade de advogados, razão não assiste aos agravantes.

Consoante precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça, a sociedade de advogados só detém legitimidade para postular o levantamento de honorários em precatório nos casos em que o nome desta for expressamente indicado na procuração outorgada para a defesa da causa. Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANDATO OUTORGADO AO ADVOGADO. EXECUÇÃO EM NOME DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO INATAcado. SÚMULA 283 DO STF.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se a sociedade de advogados não for expressamente designada no instrumento de mandato, não tem ela legitimidade para a execução da verba honorária. Precedente: AgRg no AREsp nº 23.031/RS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJ 11/11/2011; AgRg nos EREsp 1.114.785/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJe 19/11/2010; AgRg no REsp 1.251.408/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 1/10/2012.

(..)

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp nº 1.326.913, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, v.u., j. 18/12/12, DJe 04/02/13, grifos meus)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. LEGITIMIDADE PARA LEVANTAMENTO DE HONORÁRIOS. NOVEL ENTENDIMENTO DESTA C. CORTE.

A e. Corte Especial deste c. STJ, no julgamento do Precatório nº 769/DF, firmou novel entendimento no sentido de que, se o instrumento de procuração não indica o nome da sociedade à qual integra o profissional, subentende-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio e, nessa hipótese, a sociedade de advogados não possui legitimidade para levantar ou executar a verba honorária.

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AgRg no REsp nº 1.147.615, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. 02/09/10, DJe 04/10/10, grifos meus)

In casu, observa-se que a sociedade de advogados agravante não constou das procurações outorgadas no momento da propositura da ação (fls. 50/56), o que impossibilita a expedição de precatório em nome da pessoa jurídica para fins de pagamento da verba honorária.

Outrossim, embora se alegue que os honorários foram transferidos à sociedade por cessão de crédito (cópia do instrumento a fls. 88), observa-se que o documento apresentado como

prova da cessão não atende às exigências legais, sendo, portanto, impossível reconhecer a sua eficácia em relação a terceiros.

Conforme se extrai do art. 221, do Código Civil, bem com do art. 129, 9º, da Lei dos Registros Públicos, a cessão de crédito celebrada por instrumento particular só produz efeitos perante terceiros após o devido registro do documento em Registro Público, *in verbis*:

“Código Civil - Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.”

“Lei dos Registros Públicos - Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros:

(...)

9º) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento.”

Sobre o tema, explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Eficácia do negócio de cessão (CC 288). Embora não esteja no texto do CC 654 § 1º a exigência de registro do título, o texto do CC 221 autoriza afirmar que a eficácia do negócio de cessão (CC 288) na esfera jurídica de terceiro desafia, também, que o escrito particular, confeccionado em atendimento às exigências do CC 654 § 1º, seja levado a registro (LRP 129 9º). O registro é um elemento exterior ao negócio que funciona como fator de sua eficácia.”

(Código Civil comentado, 10 ed. rev. ampl. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 798, grifos meus)

No mesmo sentido, o escólio de Carlos Roberto Gonçalves:

“Em regra, a cessão convencional não exige forma especial para valer entre as partes, salvo se tiver por objeto direitos em que a escritura pública seja da substância do ato (...)

Para valer contra terceiros, entretanto, o art. 288 do Código Civil exige ‘instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654’. O instrumento particular deve conter, assim, a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do cedente e do cessionário, a data e o objetivo da cessão com a designação e a extensão dos direitos cedidos, e ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos (CC, art. 221; Lei nº 6.015/73, art. 129, § 9º).

Tais formalidades somente são exigidas para a cessão valer contra terceiros, sendo desnecessárias, porém, em relação ao devedor cedido. A sua inobservância torna o ato ineficaz em relação àqueles (CC, art. 288).”

(Direito Civil brasileiro, vol. 2, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223, grifos meus)

Ainda a respeito, trago precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CESSÃO DE CRÉDITO POR INSTRUMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE REGISTRO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO A TERCEIROS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Porém, há óbice intransponível consistente na ilegitimidade passiva dos devedores para responder pela dívida ora em testilha. Isso porque, como preceitua o art. 1.067 do Código Civil de 1916, a cessão de crédito realizada por instrumento particular deve-se revestir das solenidades previstas no art. 135 do mesmo Diploma, notadamente do registro público no cartório competente. No mesmo sentido, o art. 129, 9º, da Lei de Registros Públicos.

3. Com efeito, uma vez que o documento relativo à cessão não produz efeitos em relação aos devedores, porque terceiros, é imperioso reconhecer a ilegitimidade passiva destes no presente feito.

4. Recurso especial não conhecido.”

(REsp nº 301.981, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 18/08/09, DJe 02/09/09, grifos meus)

No caso dos autos, a cessão de crédito foi formalizada por meio de instrumento particular (fls. 88), nada indicando que o mesmo tenha sido registrado em Registro Público. Trata-se, portanto, de negócio que só é eficaz *inter partes*, não o sendo para os fins ora pretendidos. Logo, diante do contexto que ora se apresenta, não merece reparos a decisão agravada, motivo pelo qual nego seguimento ao recurso, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC. Comunique-se. Int. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa.

Alegam os agravantes que a sociedade de advogados apenas não integrou a procuração “porque foi constituída após o ingresso da ação” (fls. 110). Aduzem que “a cessão de crédito, bem ao contrário do decidido, está perfeitamente formalizada” (fls. 110), e que, no presente caso, inexistem “terceiros” que pudessem ser prejudicados pelo fato de a cessão ter sido aperfeiçoada por instrumento particular.

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 aos agravantes.

Em que pesem os argumentos trazidos pelos recorrentes, o entendimento consignado na decisão recorrida não destoia do posicionamento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos precedentes que ora colaciono:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CESSÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO AUTÔNOMO DO CAUSÍDICO. PRECATÓRIO. HABILITAÇÃO DO CESSIONÁRIO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS. MATÉRIA DECIDIDA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. No julgamento do REsp 1.102.473/RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, a Corte Especial do STJ assentou a possibilidade de habilitação do cessionário de honorários advocatícios, *desde que comprovada a validade do ato de cessão, por escritura pública*, bem como discriminado, no precatório, o valor devido, a título de verba honorária.

(...)

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp nº 1.247.116, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, v.u., j. 01/04/14, DJe 11/04/14, grifos meus)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. PRECATÓRIO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITO. HABILITAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É possível a cessão de créditos de honorários advocatícios sucumbenciais, sendo o cessionário detentor de interesse e legitimidade para prosseguir na execução, *desde que comprovada a validade do ato, realizado por escritura pública*.

2. Cabe ao juízo da execução verificar os requisitos do ato de cessão conforme o estabelecido no REsp nº 1.102.473/RS, julgado sob o rito do art. 543-B do CPC (Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 7.5.2012).

3. Recurso a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.100.788, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, v.u., j. 20/03/14, DJe 28/03/14, grifos meus)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. CESSÃO DE CRÉDITO. HABILITAÇÃO DO CESSIONÁRIO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO RESP Nº 1102.473/RS, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. A teor do disposto no REsp nº 1.102.473/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008, em 16/5/2012 (DJe 27/8/2013), o fato de o precatório ter sido expedido em nome da parte não repercute na disponibilidade do crédito referente aos honorários advocatícios sucumbenciais, tendo o advogado o direito de executá-lo ou cedê-lo a terceiro, se: (a) *comprovada a validade do ato de cessão dos honorários advocatícios sucumbenciais, realizado por escritura pública*; e (b) discriminado no precatório o valor devido a título da respectiva verba advocatícia.

(...)

4. Agravo regimental provido, a fim de negar provimento ao recurso especial.

(AgRg no REsp nº 1.103.947, Quinta Turma, Rel. Min. Campos Marques, v.u., j. 11/06/13, DJe 14/06/13, grifos meus)

Observo, ainda, 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”. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0007543-44.2014.4.03.0000

(2014.03.00.007543-4)

Agravante: TECHINT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AI 528251
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/06/2014

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo MD. Juízo da 5ª Vara Cível Federal, que reconheceu a sua incompetência para o julgamento da ação anulatória de ato administrativo de concessão de benefício de auxílio-doença acidentário, proposta pela parte agravante em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, tendo determinado a remessa daqueles autos a uma das Varas Previdenciárias da Justiça Federal.

Irresignada, a parte agravante interpõe o presente recurso, inclusive para se valer da possibilidade de suspensão dos efeitos da r. decisão agravada, à luz da atual disciplina traçada no inciso III do artigo 527 do Código de Processo Civil.

Sustenta a parte agravante, em síntese, a incompetência da Vara Previdenciária para apreciar e julgar ação anulatória de atos administrativos do INSS, supostamente viciados, com fulcro no Provimento nº 186/1999. Assevera, ainda, que o pedido formulado na petição inicial da demanda principal não consiste na nulidade de benefício previdenciário, mas sim na anulação de decisão administrativa emanada pelo INSS, o que, segundo alega, justificaria a manutenção da competência da Justiça Federal Cível da Subseção de São Paulo.

O recurso de agravo, a teor da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, que alterou o Código de Processo Civil, é cabível em face de decisões interlocutórias e será interposto na forma retida, podendo ser interposto por instrumento somente quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos casos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (art. 522, CPC).

Além disso, a norma é clara no sentido de autorizar o magistrado a converter o agravo de instrumento em retido, caso não ocorram as hipóteses acima descritas (art. 527, II, CPC), ou apreciá-lo, nos casos em que, efetivamente, for constatada a possibilidade de perecimento de direitos.

Com efeito, verificadas as condições impostas pela novel legislação, dispõe o inciso III artigo 527 do CPC que, recebido o agravo de instrumento, o relator poderá conceder efeito suspensivo ao recurso, ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal.

Assim, constatada a urgência que emerge do caso em tela, passo ao exame da possibilidade de concessão de provimento liminar a este recurso, tal como requerido pela parte recorrente.

Inicialmente, convém traçar um breve relato do feito principal.

A parte agravante, TECHINT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A ajuizou ação anulatória de decisão administrativa contra o INSS, distribuindo-a a uma das Varas de Acidente

do Trabalho da Justiça do Estado de São Paulo/SP.

Na exordial, alega, em suma, que a concessão do benefício de auxílio-doença de natureza acidentária a Sra. Rosineide Moura da Silva, uma de suas empregadas, repercutiu na esfera jurídica da empresa, por lhe gerar diversos encargos, tais como, *majoração da contribuição previdenciária SAT sobre a folha de pagamento, obrigação de recolhimento de FGTS sobre o benefício, possibilidade de sofrer ação de regresso do órgão previdenciário pelos valores gastos com o acidentado e estabilidade (...) no emprego por 12 meses após a alta médica* - fl. 37.

Requer, assim, a procedência do pedido de anulação da decisão proferida pelo INSS, *por violação aos princípios constitucionais da finalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa ou, se assim não se entender, pleiteia a anulação da decisão administrativa em virtude da inexistência de nexos causal que concedeu o benefício acidentário ou, não sendo considerada nula a decisão administrativa, que seja declarada a inexistência de nexos causal entre a doença e o trabalho, afastando-se a natureza acidentária do benefício (...)*- fl. 50.

Após a contestação (fls. 62/86), o MD. Juízo da 6ª Vara de Acidentes do Trabalho proferiu decisão (fl. 87) declinando a competência para o processamento e o julgamento do feito à Justiça Federal, por versar *a lide sobre responsabilidade de entidade autárquica federal (INSS) no trato com o segurado*.

Contra tal orientação, insurgiu-se a MD. Juíza *a quo*, na r. decisão agravada (fls. 91/92), reconhecendo a incompetência da 5ª Vara Cível Federal e determinando a remessa dos autos a uma das Varas Previdenciárias.

Com efeito, assiste razão à parte agravante, no que se refere à incompetência das Varas Previdenciárias para processar e julgar feitos em que se discute a anulação de atos administrativos de concessão de benefícios de índole acidentária.

Isto porque a estas varas compete exclusivamente dirimir lides que envolvam *benefícios previdenciários*, conforme se verifica do disposto no artigo 2º do Provimento nº 186, de 28/10/1999, da Presidência do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, *in verbis*:

Art. 2º - As varas federais implantadas terão *competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários*, recebendo, por redistribuição, o acervo dessa matéria existente nas varas cíveis da Subseção Judiciária da Capital, do Fórum Pedro Lessa (g.n).

Por outro lado, é certo que a atual Carta Republicana exclui da competência da Justiça Federal *as causas que envolvam acidente do trabalho*, ainda que ajuizadas em face da União, autarquias federais ou empresas públicas federal, consoante o disposto no inciso I do artigo 109 do texto constitucional, a seguir transcrito:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, *exceto as de falência, as de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho* (g.n).

Assim sendo, o processamento e o julgamento das causas que envolvam acidente do trabalho competem à Justiça Estadual.

Nesse sentido, ainda, explicitam as Súmulas 235 e 501 do Egrégio Supremo Tribunal Federal descritas abaixo:

Súmula 235. *É competente para a ação de acidente do trabalho a Justiça Cível Comum, inclusive em segunda Instância, ainda que seja parte autarquia seguradora.*

Súmula 501. *Compete à Justiça Ordinária Estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho ainda que promovidas contra a União, suas Autarquias, Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista.*

Também é esta a orientação sumulada do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 15. *Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.*

No caso em tela, muito embora a parte agravante assevere em suas razões recursais que não questiona a existência ou não de acidente, ou então o benefício propriamente dito, mas sim o próprio ato administrativo em si, que reconheceu, indevidamente, benefício previdenciário sob a espécie acidentária (fl. 9), não é o que se verifica na peça vestibular da ação por ela proposta em face do INSS, segundo se observa nos seguintes trechos:

(...) Fl. 39

Aliás, o reconhecimento denexo causal entre as atividades que o segurado desempenha da Autora e a doença que pretensamente lhe acomete, impõe, de cara, as seguintes consequências para a Autora:

- a) Estabilidade provisória da Segurada de 12 (doze) meses a contar da cessão do benefício, conforme prevê o artigo 118 da Lei nº 8.213/91;
- b) Obrigatoriedade no recolhimento das contribuições previdenciárias, bem como contagem de tempo para fins de concessão de férias e demais reflexos trabalhistas;
- c) Necessidade, a teor do disposto na Lei nº 8.036/90, de depósito da parcela do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
- d) Poderá o Réu apresentar ação de regresso em face da autora, se o benefício tiver origem acidentária;
- e) Majoração da alíquota do SAT, em razão do aumento do FAP (Fator Acidentário Previdenciário)

Como se vê, diante da complexidade de consequências, não há dúvidas sobre o interesse processual da autora em anular a decisão administrativa proferida pelo Réu, *que erradamente considerou a asma da Sra. Rosineide como decorrente das relações laborais que ela mantém com a Autora*, quando ela própria atestou que fuma um maço de cigarro por dia (...) - fl. 39 (...) *A doença, cuja causa foi indevidamente atribuída ao contrato de trabalho, conforme será demonstrado a seguir, decorre essencialmente de outra causa: predisposição genética e tabagismo. A responsabilidade pela doença não pode ser atribuída a Autora. A única maneira de se evitar essa injustiça é por meio da presente ação judicial* (...) - fl. 40.

(...) *A asma é uma doença inflamatória crônica das vias aéreas. Em indivíduos susceptíveis esta inflamação causa episódios recorrentes de tosse, chiado, aperto no peito, e dificuldade para reparar. A inflamação torna as vias aéreas sensíveis a estímulos tais como alérgenos, irritantes químicos, fumaça de cigarro, ar frio ou exercícios. Frise-se: a Sra. Rosineide confessou a na admissão que é fumante de um maço de cigarro por dia* (...) - fl. 46.

(...) *no caso concreto, é evidenciado que a asma não decorre das condições de trabalho. Importante mencionar que a Sra. Roseli é soldadora na autora, mas utiliza, como será devidamente comprovado na perícia, máscaras e trabalha em local devidamente ventilado e tem exposição leve a gases produzidas pela solda. Por outro lado, ela é tabagista declarada de um maço de cigarros* (...) - fl. 47

(...) A autora entende, em função de todo o exposto acima, que (...) *inexiste nexo causal que possa atribuir a autora responsabilidade pela doença que acomete a Sra. Rosineide*. Não obstante isso, por se tratar de matéria cujo conhecimento técnico pode fornecer mais elementos para a formação da convicção desse D. Juízo, *requer desde já a produção de prova pericial* (...) - fl. 48.

Constata-se, assim, a partir do teor da peça inaugural da ação proposta em face do INSS, que, não obstante a parte autora, ora agravante, alegue a ausência de motivação, de violação ao contraditório e à ampla defesa, a principal mácula do ato administrativo, no seu entender, não é um vício formal do ato, mas sim a própria constatação pela Autarquia Previdenciária de que a causa da doença supostamente incapacitante, no caso em tela, foi o labor prestado na referida empresa.

Ou seja, a questão de fundo discutida nos autos principais consiste exatamente na configuração ou não do acidente de trabalho. E nem poderia ser diferente, pois, caso contrário, não se justificariam o interesse e a legitimidade ativa da empresa TECHINT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO SA., ora agravante, para a propositura daquela ação.

Referida conclusão torna-se ainda mais evidente ao se observar que os pedidos elencados na petição inicial são:

- a) *anulação da decisão proferida pelo Réu*, tendo em vista a violação aos princípios constitucionais da finalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa ou, se assim não se entender, *anular a decisão administrativa em virtude da inexistência de nexo causal que concedeu o benefício acidentário acima mencionado*;
 - b) Não sendo considerada nula a decisão administrativa, *que seja declarada a inexistência de nexo causal entre a doença e o trabalho, afastando-se a natureza acidentária do benefício 5446911527*;
- (...)

Destarte, como se verifica, o principal fim colimado pela parte agravante consiste na descaracterização da natureza acidentária do benefício concedido, em razão da suposta inexistência do nexos de causalidade entre a moléstia sofrida pela sua titular e o trabalho por ela exercido na condição de empregada da referida empresa, *seja este pedido atendido mediante a anulação do ato administrativo ou não*.

E ainda que o pedido da parte autora não tivesse sido estruturado da maneira acima exposta, é evidente que a prolação de decisão judicial no sentido da necessidade ou não de anulação do ato administrativo dependeria, de qualquer forma, de prévio exame do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício acidentário, dentre eles, o nexos causal entre a suposta doença e o trabalho exercido na referida empresa, ora agravante.

Ademais, mesmo que, em uma eventual hipótese, o eminente magistrado da Primeira Instância venha a entender que o ato administrativo de concessão do benefício deveria ter sido precedido da participação da empresa autora, ora agravante, e ainda que supostamente entenda que a decisão administrativa não foi suficientemente motivada, não haverá razão para a anulação do ato, caso se conclua, nos autos principais, que a Sra. Rosineide, de fato, faz jus ao benefício acidentário. De outro modo, somente se poderá chegar à conclusão inversa, isto é, de procedência do pedido de anulação do ato, em caso de eventual comprovação, inclusive mediante a perícia requerida na exordial, de ausência de nexos causal entre a moléstia e o labor exercido.

Assim sendo, uma vez que o cerne da matéria a ser apreciada e julgada, por qualquer ângulo que se analise a questão, é a própria natureza acidentária ou não do benefício concedido, é evidente que a competência para o feito principal só pode ser da Justiça Estadual, especificamente, de uma das varas especializadas em acidente do trabalho, com fulcro no inciso I do artigo 109 da CF/88.

Saliente-se, ainda, que segundo entendimento jurisprudencial consolidado, a exceção à competência federal prevista no citado inciso I do artigo 109 da CF/88, abrange não somente a concessão do benefício, mas sim amplamente todas as causas envolvendo acidente do trabalho, inclusive revisão do ato de concessão do benefício, conforme se infere dos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO, JUÍZO DA 2ª VARA DO TRABALHO DE CUBATÃO - SP E JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DE CUBATÃO - SP. AÇÃO ACIDENTÁRIA. CONCESSÃO/REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004. AUSÊNCIA DA ALTERAÇÃO DO ART. 109, I DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. JUSTIÇA DO TRABALHO. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTE DO STF. INTERPRETAÇÃO À LUZ DA CF. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE CUBATÃO - SP.

I - Mesmo após a Emenda Constitucional 45/2004, manteve-se intacto o artigo 109, inciso I da Constituição Federal, no tocante à competência para processar e julgar as ações de acidente do trabalho.

II - A ausência de modificação do artigo 109, inciso I da Constituição Federal, no tocante às ações de acidente de trabalho, não permite outro entendimento que não seja o de que permanece a Justiça Estadual como a única competente para julgar demandas acidentárias, não tendo havido deslocamento desta competência para a Justiça do Trabalho (artigo 114 da Constituição Federal).

III - Em recente julgado, realizado em Plenário, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização propostas por empregado ou ex-empregado contra empregador, quando fundadas em acidente do trabalho, continuam a ser da competência da justiça comum estadual, a fim de se evitar decisões contraditórias, quando o mesmo fato gere, ao mesmo tempo, pretensões diversas.

IV - Constata-se que o Supremo Tribunal Federal analisou a questão relativa à competência para julgar e processar ações de indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho à luz da Constituição Federal. Cumpre lembrar que, por ser o guardião da Carta Magna, a ele cabe a última palavra em matéria constitucional.

V - Acrescente-se, ainda, que, em recente julgado, o Tribunal Superior do Trabalho manifestou-se sobre o tema em debate, filiando-se à jurisprudência da Suprema Corte.

VI - *Segundo entendimento consolidado pelo Col. Supremo Tribunal Federal e por este Eg. Superior Tribunal de Justiça, a Justiça Estadual é competente para processar e julgar litígios decorrentes de acidente do trabalho, tanto para conceder o benefício quanto para proceder sua revisão.* Sobre o tema, há precedentes recentes da Eg. Segunda Seção reiterando este entendimento.

VII - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Cubatão - SP.

(STJ, CC47811, Terceira Seção, Relator Min. GILSON DIPP, v.u., DJ 11/05/2005, pág. 161)

Nesta mesma linha de raciocínio, também é interpretação consolidada na Súmula 15 do C. STJ, a qual, conforme já anteriormente mencionado, esclarece que é da Justiça Estadual a competência “para processar e julgar *os litígios decorrentes de acidente do trabalho*”, do que se conclui que não somente a concessão do benefício acidentário, mas todos os atos que dela sejam consequentes, como a revisão e até mesmo a anulação do ato administrativo de

concessão devam ser processados e julgados perante a Justiça Estadual.

Ressalto, outrossim, que, recentemente (DJ: 14/08/2013), já houve o julgamento, no Órgão Especial deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, do Agravo Regimental em Conflito de Competência nº 2013.03.00.013173-1/SP, de Relatora da Eminente Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, em que a ora agravante é parte Suscitante. No referido caso, à unanimidade, foi negado provimento ao agravo para manter a decisão que não conheceu do conflito de competência. Muito embora a discussão travada naquela ocasião dissesse respeito ao conhecimento ou não do conflito de competência, em consequência do não provimento do agravo, foi mantida a decisão do MD. Juízo *a quo*, da 2ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo, no feito nº 00048245920134036100, em que este declinava em favor de uma das Varas de Acidente do Trabalho da Justiça Estadual, a sua competência para o julgamento de “ação anulatória de ato administrativo com pedido de tutela antecipada em face do INSS em função de concessão indevida do benefício previdenciário sob a espécie acidentária (...)”, com fundamento também na ampla interpretação jurisprudencial dada à exceção prevista no inciso I do artigo 109 da Constituição Federal, conforme a seguir colacionado:

“(...) A exceção do preceito constitucional deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não apenas o julgamento de pedido relativo a acidente de trabalho, mas também de todos reflexos que possam advir dessa decisão, vale dizer, concessão, reajuste, revisão e/ou extinção de benefício acidentário.

Nessa linha, aliás, já se manifestou o egrégio Supremo Tribunal Federal: “Há pouco, ao julgar o RE 176.532, o Plenário desta Corte reafirmou o entendimento de ambas as turmas (assim, no RE 169632, 1ª Turma, e no AGRG 154938, 2ª Turma) no sentido de que a competência para julgar causa relativa a reajuste de benefício oriundo de acidente de trabalho é a Justiça Comum, porquanto, se essa Justiça é competente para julgar as causas de acidente de trabalho por força do disposto na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição será igualmente competente para julgar o pedido de reajuste desse benefício que é objeto de causa que não deixa de ser relativa a acidente dessa natureza, até porque o acessório segue a sorte do principal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 205.886-6/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma do STF, unânime, *in* DJU de 17/04/98, pág. 19). No mesmo sentido, a jurisprudência mais recente do colendo Supremo Tribunal Federal (RE nº 168772-0/SC; RE nº 168773-8/SC; RE nº 168774-6/SC; RE nº 169223-5/SC). *Diante do acima exposto, dada a incompetência absoluta desta Justiça Federal para a causa em que se pleiteia cancelamento de benefício acidentário, determino, nos termos do que dispõem os artigos 111 e 113, ambos do Código de Processo Civil, que estes autos sejam remetidos à Justiça Estadual, mais especificadamente a uma das Varas de Acidente do Trabalho desta Capital (...)*”

Assim sendo, por todos os fundamentos expostos na presente decisão, merece ser reformada a r. decisão agravada, uma vez que, ao contrário do que decidiu o MD. Juízo *a quo*, a Justiça Federal Previdenciária não é competente para o processamento e o julgamento da ação proposta pela parte agravante em face do INSS, devendo-se encaminhar os autos principais a uma das Varas de Acidente do Trabalho da Justiça Estadual, cuja competência decorre do disposto no inciso I do artigo 109 da Constituição Federal.

Diante do exposto, estando presentes os requisitos previstos no § 1º-A do artigo 557 do CPC, *dou parcial provimento ao presente recurso*, para declarar a incompetência da Justiça Federal Previdenciária para apreciar e julgar a ação anulatória proposta pela parte agravante em face do INSS, e de ofício, determinar a sua redistribuição a uma das Varas de Acidente do Trabalho da Justiça Estadual, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao D. Juízo *a quo*.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de Origem do feito principal.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0019840-83.2014.4.03.0000
(2014.03.00.019840-4)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Interessado: JOAQUIM LUIZ DA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAJAMAR - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS DELGADO
Classe do Processo: AI 537787
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LEI Nº 11.187/05 - CONVERSÃO EM RETIDO (ART. 527, II, DO CPC) - REFORMA DA DECISÃO PROFERIDA PELO RELATOR - IMPOSSIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL DESCABIDO.

1 - O art. 527, II, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.187/05, excetua o agravo de instrumento como regra geral, determinando liminarmente sua conversão em retido, ressalvadas as decisões suscetíveis de causar à parte dano irreparável e de difícil reparação e, ainda, relativas às hipóteses de inadmissibilidade da apelação ou sobre os efeitos em que esta é recebida.

2 - Excetuado o juízo de reconsideração facultado ao Relator, a decisão liminar que converte o agravo de instrumento em retido não se sujeita a ulterior modificação, frustrando, por consequência, o manejo do recurso previsto em regimento interno para os provimentos monocráticos, uma vez que este não teria qualquer utilidade prática diante da vedação legal (art. 527, parágrafo único, do CPC).

3 - Agravo regimental não conhecido.

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, não conhecer do agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de outubro de 2014.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de agravo regimental oposto contra a decisão monocrática que converteu em retido o agravo de instrumento, na forma da Lei nº 11.187/05.

Em suas razões, insurge-se a parte agravante reportando-se aos fundamentos articulados na inicial. Requer a reforma da decisão.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Inicialmente, cumpre esclarecer que este Relator negou o processamento do agravo sob a forma de instrumento, convertendo-o em retido, com respaldo nas inovações processuais introduzidas pela Lei nº 11.187/05, vigente à época da interposição do recurso, tendo em vista a ausência concomitante das possibilidades de dano irreparável e de difícil reparação no caso concreto.

A atual redação do art. 527, II, do Código de Processo Civil excetua o agravo de instrumento como regra geral, determinando liminarmente sua conversão em retido, ressalvadas as decisões suscetíveis de causar à parte dano irreparável e de difícil reparação e, ainda, relativas às hipóteses de inadmissibilidade da apelação ou sobre os efeitos em que esta é recebida.

O parágrafo único do dispositivo acima estabelece que “A decisão liminar, proferida nos caso dos incisos II e III do ‘caput’ deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.”

A possibilidade de reforma quando do julgamento do agravo, pelo Tribunal, destina-se unicamente às decisões que tenham deferido o efeito suspensivo ou a antecipação da tutela recursal, a par do mérito, pois, se retido fosse, a cognição oportunizada não seria outra senão exauriente, vale dizer, da própria questão de fundo.

Dessa forma, excetuado o juízo de reconsideração facultado ao Relator - o que não é o caso dos autos -, a decisão liminar que converte o agravo de instrumento em retido não se sujeita a ulterior modificação, frustrando, por consequência, o manejo do recurso previsto em regimento interno para os provimentos monocráticos, uma vez que este não teria qualquer utilidade prática diante da vedação legal.

Ante o exposto, *não conheço* do agravo regimental.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0026249-75.2014.4.03.0000
(2014.03.00.026249-0)

Requerentes: ESTADO DE SÃO PAULO E CIA. DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP

Interessados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO E AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO - PRESIDENTE

Classe do Processo: SLAT 2992

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2014

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida em ação civil pública. É uma síntese do necessário.

“Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, diz o artigo 4º, da Lei Federal nº 8.437/92.

No caso concreto, há “manifesto interesse público” e “grave lesão à ordem”, a justificar o deferimento do pedido de suspensão.

As requerentes, no exercício de suas atribuições administrativas, estão submetidas a juízo *manifestamente* incompetente.

A petição inicial da ação civil pública, sob o título “Caracterização do Sistema Cantareira” (fls. 98 verso), esclarece o *caráter regional do suposto dano*:

O *Sistema Cantareira* é um dos maiores sistemas de abastecimento público do mundo, alcança uma área total de aproximadamente 227.950 hectares (2.279,5 Km²) e abrange 12 municípios: Camanducaia, Extrema, Itapeva e Sapucaí - Mirim, Bragança Paulista, Caieiras, Franco da Rocha, Joanópolis, Nazaré Paulista, Mairiporã, Piracaia e Vargem.

Atualmente, o Sistema Cantareira contribui com o abastecimento de 9,75 milhões de pessoas na Região Metropolitana de São Paulo (zonas norte, central, parte da leste e oeste da Capital e nos municípios de Franco da Rocha, Francisco Morato, Caieiras, Guarulhos (parte), Osasco, Carapicuíba, Barueri (parte), Taboão da Serra (parte), Santo André (parte) e São Caetano do Sul), onde situada a Bacia Hidrográfica do Alto Tietê.

Em relação às Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá - PCJ, dependem de tal sistema mais de 05 milhões de pessoas, apresentando como tendência de crescimento demográfico para ano de 2020, cerca de 06 (seis) milhões de habitantes representando cerca de 7% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional. Os Municípios da Bacia do Piracicaba que têm captações de água bruta nos rios que sofrem influência direta das barragens do Sistema Cantareira, são os seguintes: *Rio Jaguari*: Bragança Paulista, Pedreira, Jaguariúna, Hortolândia, Monte Mor, Paulínia e Limeira; *Rio Cachoeira*: Piracaia; *Rio Atibaia*: Atibaia, Jundiá, Itatiba, Valinhos, Campinas e Sumaré; *todos os demais Municípios à jusante*, que sofrem influência das operações das barragens do Sistema Cantareira nas captações dos sistemas de abastecimento público, como é o caso de Piracicaba.

As cidades, as populações, os sistemas ambientais e os interesses jurídicos correlatos abrangidos pelo Sistema Cantareira estão submetidos, em tese, à jurisdição de mais de um juízo federal, inclusive o sediado na Capital deste Estado.

Em casos tais, o legislador procurou evitar a solução da controvérsia a partir da *perspectiva localista*. Se, em tese, é *regional*, o suposto dano, a demanda deve se julgada na Capital do Estado ou no Distrito Federal.

A lei é *literal*. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica.

No REsp 1101057/MT, a Ministra NANCY ANDRIGHI esclareceu a questão. A ementa e, depois, a fundamentação do v. Acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO DE ÂMBITO REGIONAL. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. ART. 93 DO CDC.

1. O art. 93 do CDC estabeleceu que, para as hipóteses em que as lesões ocorram apenas em âmbito local, será competente o foro do lugar onde se produziu o dano ou se devesse produzir (inciso I), mesmo critério já fixado pelo art. 2º da LACP. Por outro lado, tomando a lesão dimensões geograficamente maiores, produzindo efeitos em âmbito regional ou nacional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (inciso II).

2. Na espécie, o dano que atinge um vasto grupo de consumidores, espalhados na grande maioria dos municípios do estado do Mato Grosso, atrai ao foro da capital do Estado a competência para julgar a presente demanda.

3. Recurso especial não provido.

O legislador consumerista, além de definir a extensão do dano como critério determinante do foro competente, nos moldes do previsto no art. 2º da Lei 7.347/85 (LACP), trouxe resposta para as indagações que versavam sobre situações em que o dano é nacional ou regional, para as quais a Lei de Ação Civil Pública não havia atentado.

Dessa forma, estabeleceu o art. 93 do CDC que, para as hipóteses nas quais as lesões ocorram apenas em âmbito local, será competente o foro do lugar onde se produziu o dano ou se devesse produzir (inciso I), mesmo critério já fixado pelo art. 2º da LACP. Por outro lado, tomando a lesão dimensões geograficamente maiores, produzindo efeitos em âmbito regional ou nacional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (inciso II). Eis o inteiro teor do mencionado dispositivo de lei:

“Art. 93 - Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a Justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

Nesse contexto, merece consignar-se que, ainda que o mencionado dispositivo de lei esteja localizado no capítulo do CDC referente às ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos, a mais abalizada doutrina vem partilhando do entendimento de que sua aplicação se dá de forma mais ampla, como regra de fixação de competência a todas as ações coletivas para defesas de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não somente aos relativos às relações de consumo (REsp 448.470/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 15/12/2009). Nesse sentido as lições de Ada Pellegrini Grinover (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 894).

Na hipótese em apreço, a ação civil pública foi ajuizada na Comarca de Poconé/MT, tendo o Juízo da Vara única dessa Comarca declinado da competência para uma das Varas da Fazenda

Pública da Comarca de Cuiabá, o que foi mantido pelo TJ/MT em grau de apelação. Compulsando-se os autos, verifica-se que o recorrente insurge-se contra o atual sistema de cobrança do financiamento do projeto de eletrificação rural mantido pela recorrida, que abrange, como consignou o acórdão recorrido, em torno de 95 municípios do Estado do Mato Grosso.

Nessas circunstâncias o suposto dano não é, à evidência, meramente local, pois viola direitos de um vasto grupo de consumidores, espalhados em 95 dos 141 municípios do estado do Mato Grosso (<http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=mt>), o que traduz o vulto do dano e por consequência a necessidade de se concentrar os atos processuais, em especial a produção probatória, no juízo da Capital.

Sublinhe-se, por oportuno, ser certo que um dano regional também será local, contudo, em se tratando de lesão que atinge várias comarcas de um mesmo estado, o legislador optou por atribuir competência absoluta ao juízo do foro da Capital, evitando-se assim a fragmentação da tutela coletiva que seria ocasionada com a possibilidade de ajuizamento de diversas ações tantas quantas forem as comarcas envolvidas.

Nesse contexto, salutar são as considerações de Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561):

“Apesar da pouca explicitude do texto, entende-se que a competência só será da Capital do Estado quando os danos a evitar ou reparar extrapolem os limites de uma comarca e cheguem a atingir toda uma região significativa pelo ponto de vista econômico, social ou cultural; seria insensato deslocar a competência para a Capital quando se tratasse de danos bem localizados em poucas comarcas, sem atingir verdadeiramente uma região - caso em que prevalecerão as regras ordinárias.”

Por fim, cumpre pontuar que esta Corte - não obstante ter enfrentado diversas vezes a questão relativa à competência para julgar as ações civis coletivas que tratem de dano de âmbito nacional, tendo firmado, para essas hipóteses, o entendimento no sentido de possuírem competência concorrente para processar e julgar ações coletivas o foro das capitais dos Estados-membros e do Distrito Federal (CC 17.533/DF, 2ª Seção. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJe de 30/10/2000; REsp 944.464/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 11/02/2009; REsp 712.006/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 24/08/2010; REsp 218.492/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 18/02/2002) - teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema trazido pelo presente recurso especial somente em um precedente da 2ª Turma, de relatoria do e. Min. Herman Benjamin, que adotou o mesmo entendimento do qual compartilho. Por elucidativa, transcreve-se a ementa do mencionado julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SERVIÇO DE TELEFONIA. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. ART. 2º DA LEI 7.347/1985. POTENCIAL LESÃO A DIREITO SUPRA-INDIVIDUAL DE CONSUMIDORES DE ÂMBITO REGIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 93 DO CDC.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. Trata a hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com a finalidade de discutir a prestação de serviço de telefonia para a defesa de consumidores de todo o Estado do Rio Grande do Sul.

3. O art. 2º da Lei 7.347/1985 estabelece que a competência para o julgamento das ações coletivas para tutela de interesses supra-individuais seja definida pelo critério do lugar do dano ou do risco.

4. O CDC traz vários critérios de definição do foro competente, segundo a extensão do prejuízo. Será competente o foro do lugar onde ocorreu - ou possa ocorrer - o dano, se este for apenas de âmbito local (art. 93, I). Na hipótese de o prejuízo tomar dimensões maiores - dano regional ou dano nacional-, serão competentes, respectivamente, os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93, II).

5. Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual.

6. Como, *in casu*, a potencial lesão ao direito dos consumidores ocorre em âmbito regional, à presente demanda deve ser aplicado o inciso II do art. 93 do CDC, mantido o aresto recorrido que determinou a competência da Vara da Capital - Porto Alegre - para o julgamento da demanda. Precedente do STJ.

7. Recurso Especial não provido.” (REsp 448.470/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 15/12/2009).

Não obstante a afetação de milhões de consumidores, em cidades distintas, inclusive em uma das maiores metrópoles do mundo, a petição inicial da ação civil pública põe grande ênfase no argumento localista:

Os rios Jaguari e Atibaia, que abastecem diversos municípios das bacias PCJ, ficarão, neste caso, com suas vazões restritas àquelas dos tributários, sem qualquer contribuição da calha principal, afetando o abastecimento público dos municípios e mais de 2.884.757 habitantes. Isso significa o inimaginável: COLAPSO DE ABASTECIMENTO.

Desde o início da transposição do Sistema Cantareira, ou seja, há 44 anos, é relevante frisar, tem sido flagrante o tratamento desproporcional entre as duas Bacias envolvidas (PCJ e ALTO TIETÊ), SENDO IMPOSTO REGIME MUITO MAIS SEVERO E PENOSO ÀS BACIAS PCJ, EM NOME DE UMA SUPOSTA SOLIDARIEDADE HÍDRICA EM RELAÇÃO À REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO.

A fim de manter o desenfreado crescimento populacional da RMSP, que para tanto, lança mão das águas das Bacias PCJ, *esta região têm suportado incomensuráveis prejuízos na manutenção de sua sustentabilidade ambiental e em seu desenvolvimento.*

E, mesmo nesta crise hídrica severa, que tem recebido o título da pior dos últimos 84 anos, bens e valores têm sido colocados em risco iminente, tais como a qualidade ambiental e de vida da população das Bacias PCJ, que têm que manter o atendimento de sua demanda com *miseros 3 m³/s advindos do Sistema Cantareira, sendo evidente que esta vazão descarregada à jusante é absolutamente insuficiente para o atendimento de necessidades mínimas, impondo regime de penúria para esta região.*

Constata-se, ainda, que recentemente os órgãos gestores REDUZIRAM AINDA MAIS A VAZÃO QUE TEM SIDO LIBERADA PARA A BACIA DO PIRACICABA, descarregando *apenas 1,5m³/s, agravando o já crítico cenário de comprometimento da captação, da qualidade da água para abastecimento público e para a manutenção dos ecossistemas aquáticos.*

Vale repetir, como já mencionado no item II - 5 (*Vazão de Referência*), que esta vazão para a BACIA DOADORA É ABSURDA à medida que desconsidera integralmente as demandas existentes, impondo *impraticáveis restrições a todos os usos, desrespeitando a vazão máxima outorgável.*

Vale lembrar que, além do não atendimento da vazão de referência, mencionada no item II, 5, a Nota Técnica da Resolução ANA/DAEE nº 428/2004 (DOC. 13-A) já reconhecia há mais de 10 (dez) anos que “...No documento ‘Recomendações para o estabelecimento das condições para concessão da outorga’, aprovado através da Deliberação Conjunta dos Comitês PCJ nº 007/04, de primeiro de junho de 2004, que é apresentado no Anexo A-III, É RECOMENDADO QUE AS VAZÕES MÍNIMAS LIBERADAS PELO SISTEMA CANTAREIRA PARA A BACIA DO RIO PIRACICABA VARIEM ENTRE 4 M3/S, EM 2004, ATÉ 7M3/S, EM 2010 ...” (destacamos). Conforme tem sido noticiado na Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico - CT-MH dos Comitês PCJ, pelo Consórcio PCJ, bem como por toda a imprensa regional, são inúmeras as

dificuldades de captação enfrentadas nas Bacias PCJ para o abastecimento da população. Para demonstrar com mais clareza os inúmeros problemas enfrentados pelos usuários, apresenta-se em anexo, cópia das ocorrências encaminhadas à Coordenação da CT-MH relativas apenas ao mês de *setembro de 2014*, na 137ª Reunião Ordinária da Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico e do GT - Cantareira ocorrida em 30 de setembro de 2014 (DOC. 18-B).

Ademais, é inafastável a conclusão de que **AS VAZÕES OUTORGADAS À SABESP EM 2004 NÃO SÃO MAIS POSSÍVEIS DE SEREM ASSEGURADAS, SEM PREJUÍZO DA DISPONIBILIDADE E DO CONTROLE QUALITATIVO DAS ÁGUAS DAS BACIAS PCJ, IMPONDO A SUSPENSÃO DA OUTORGA ATÉ O LIMITE QUE NÃO PREJUDIQUE A BACIA DOADORA (PCJ)**

A Agência Reguladora ARES - PCJ informou no Ofício DE nº 284/2014 (DOC. 08), que: “Os prestadores dos serviços de saneamento de todos os municípios regulados pela ARES-PCJ, principalmente os que possuem mananciais superficiais, *tiveram problemas e dificuldade de captação de água, decorrentes das baixas vazões verificadas nos rios das bacias PCJ.* (...) A baixa vazão dos rios tem causado vários problemas aos prestadores dos serviços de saneamento, principalmente para realizar a captação e a tratabilidade da água, em face ao baixo nível dos mananciais. Os usuários também sofrem com a descontinuidade no fornecimento de água tratada.”

O RACIONAMENTO, TAMBÉM É UMA REALIDADE EM MUITOS MUNICÍPIOS DAS BACIAS PCJ:

“Dentre os municípios regulados pela ARES-PCJ, os que adotaram medidas de racionamento de água tratada foram: Cosmópolis, São Pedro, Valinhos, Vinhedo, Cordeirópolis e Rio da Pedras”

AS MEDIDAS TARIFÁRIAS TAMBÉM TÊM SIDO APLICADAS.

Muitos Municípios aprovaram leis municipais que autorizam multa por desperdício são: Artur Nogueira, Araras, Campinas, Iracemápolis, Leme, São Pedro, Vinhedo, Santa Bárbara d'Oeste, Nova Odessa, Louveira e Valinhos. Em Sumaré existe uma proposta de Lei nesse sentido que ainda não foi votada.

Diante do baixo nível de vazão dos rios nas Bacias PCJ, tem sido verificado o **AUMENTO A CONCENTRAÇÃO DE POLUENTES, PIORANDO, PORTANTO, A QUALIDADE DA ÁGUA A SER FORNECIDA À POPULAÇÃO.**

Tal prejuízo da qualidade acarreta, por conseguinte, maiores gastos e prejuízos financeiros com o tratamento da água, demandando ainda, a necessidade de intenso monitoramento e constante fiscalização para assegurar o atendimento da potabilidade de água, nos termos da Portaria MS 2914/11 que não ocorram riscos à saúde pública, muitos deles sequer dimensionados, decorrentes da grande quantidade de produtos químicos para tratamento necessário. Sucessivos eventos de mortandades de peixes em diversos locais, com o ocorrido no Rio Piracicaba em 12 de fevereiro de 2014, amplamente noticiado pela imprensa, em virtude do não atendimento de padrões mínimos para a sobrevivência da vida aquática.

Buscando constatar as causas do evento, dentre outras diligências realizadas pelo Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente (GAEMA), Núcleo PCJ-Piracicaba, foram ouvidas a Professora Doutora DEJANIRA DE FRANCESCHI DE ANGELIS, Professora Adjunta e Livre Docente pela UNESP-Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Instituto de Biociências de Rio Claro - IB) e a Professora Doutora, MARIA APARECIDA MARIN MORALES, Professora Adjunta e Livre Docentes pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Instituto de Biociências de Rio Claro - IB) e Pesquisadora Nível I do CNPq, nos autos do Inquérito Civil 06/2013-9 (DOC. 22), as quais informaram que:

“... Nas pesquisas que vêm sendo desenvolvidas pelos laboratórios de ecotoxicologia dos Departamentos de Biologia e de Bioquímica e Microbiologia do IB-UNESP - RIO CLARO, nos sistemas hidrológicos das Bacias PCJ, tem sido verificado que, nos períodos de estiagem, há um maior comprometimento do IQA - índice de Qualidade da Água, que pode colocar em

risco, tanto a diversidade biológica da região como a saúde pública.

Muitos dos poluentes que contaminam os nossos rios apresentam uma potencialidade de alterar o material genético dos organismos expostos, incluindo o homem, e, conseqüentemente desencadear problemas de saúde crônicas (tais como, alterações nas funções da tireóide, do fígado, d), agudas (tais como intoxicações, alergias, diarreias), degenerativas (Parkinson, Alzheimer etc) e o câncer.

Como amplamente divulgado pela mídia regional, tal impacto *foi verificado na última semana, onde foi registrada uma grande mortandade de peixes no Rio Piracicaba. Esta mortandade é um dos aspectos deste colapso, que revela a extrema urgência de tomada de decisões que levem a ações que revertam esta situação de criticidade estamos vivenciando atualmente. Estas ações devem ser praticadas com consciência, responsabilidade e planejamento adequado. Devem, ainda, ser contínuas e, não somente adotadas em caráter emergencial, em momentos de crise.*

A mortandade é apenas um dos primeiros indicadores visuais da gravidade da situação, que, se persistir, poderá acarretar em impactos gravíssimos, muitas vezes irreversíveis, inclusive para a qualidade de vida do homem.

Em relação às causas de tal evento (mortandade), infere-se que, certamente decorreu de uma associação de fatores físicos e químicos da água, tais como, alta condutividade, alteração de temperaturas, baixa oxigenação, baixa vazão do Rio Piracicaba e a alta poluição do corpo hídrico.

Este *cenário crítico traz implicações*, ademais, de ordem econômica, social, pública, *de saúde, de abastecimento e, principalmente ambiental.* (...)

Em relação ao Sistema Cantareira, o qual é sustentado por represas pertencentes ao sistema hidrográfico da Bacia PCJ, vale mencionar que possui captação privilegiada, oriunda de locais onde predominam rios de boa qualidade hídrica. *Entretanto, nos cursos destes rios, vão sendo incorporadas cargas poluidoras, que comprometem a qualidade das captações a jusante.* (...)

A degradação dos corpos d'água por poluentes pode levar também a contaminação dos sedimentos aquáticos. Uma vez que os poluentes atinjam os sedimentos, eles podem ficar retidos nestes compartimentos, que passam a servir como reservatórios dos poluentes lançados na coluna da água.

Os contaminantes presentes nos sedimentos podem permanecer ligados a estes, apresentando concentrações muitas vezes mais altas que as originalmente presentes na coluna d'água. *Os sistemas convencionais não estão sequer preparados para este tratamento diferenciado, principalmente porque os sedimentos podem conter uma grande porcentagem de metais pesados e outros contaminantes perigosos.* (...)

Apesar das águas que abastecem os reservatórios do Sistema Cantareira ser consideradas de boa qualidade, elas não estão totalmente isentas de contaminantes" (os grifos foram todos nossos)

No mesmo sentido, as abalizadas declarações da Professora Doutora SILVIA REGINA GOBBO, graduada em Ecologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992), mestre em Geologia Regional pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001) e doutora em CIÊNCIAS BIOLÓGICAS (ZOOLOGIA) - Museu Nacional UFRJ (2006), sendo docente na UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA, nos cursos de Biologia - Licenciatura e Bacharelado, Química - Licenciatura e Engenharia Civil (DOC. 22-B).

Em razão de requisição do Ministério Público nos autos do Inquérito Civil Nº 006/13, buscando apurar as causas da mortandade de peixes ocorrida na zona urbana de Piracicaba, a CETESB realizou, em 25 de abril de 2014, verificação das *"condições da água do Rio Piracicaba, quanto à vazão, temperatura, pH e oxigênio dissolvido"* e, a final, constatou que *"considerando que na última ocorrência de mortandade de peixes, a vazão registrada foi de cerca de 14 m³/s, o oxigênio dissolvido permaneceu por mais de 12 horas com valor inferior a 1 mg/L e a temperatura atingiu 31°C, poderão ocorrer novos episódios de mortandade, caso ocorra piora nas*

condições do rio diante do prolongamento do período de estiagem.” (destacamos) (DOC. 19) Muitas outras peças de informação, extraídas dos autos do Inquérito Civil nº 06/13, se encontram anexas na íntegra dos autos, em mídia digital (DOC. 01), a fim de demonstrar como a área à jusante do Sistema Cantareira (e sua área de influência), têm sido afetadas na preservação e recuperação ecossistemas envolvidos, que estão sendo severamente atingidos com a escassez hídrica nas Bacias do PCJ, além do crítico do abastecimento público e da saúde pública. Foram encaminhadas, inclusive ao Ministério Público, REPRESENTAÇÕES, MOÇÕES DE APELO, FOTOS DOS IMPACTOS pelos Municípios afetados e outros, solicitando providências.

2. Dos danos ao patrimônio turístico e paisagístico

Devem ser mencionados, neste extenso rol, além dos impactos já mencionados, prejuízos também ao patrimônio turístico e paisagístico, como os que vêm sendo verificados nas cidades de Piracaia e Joanópolis, que são graves, públicos e notórios.

Tais impactos ao patrimônio turístico e paisagístico, bem como aos ecossistemas, em especial à flora e à fauna têm sido denunciados por entidades daquela região, como a Associação de Amigos de Bairros da Represa do Jaguarí - AAREJA, que reivindicou providências no tocante ao indiscriminado esgotamento dos reservatórios do Sistema Cantareira.

Segundo notícia tal Associação, em razão da construção do Sistema Cantareira em 1966 e dos reservatórios de Jaguarí/Jacareí a partir de 1976, as cidades de Piracaia e Joanópolis passaram por profundas modificações paisagísticas e de suas atividades econômicas, difundidas pelo turismo.

Todavia, o avanço na utilização do volume morto, inclusive por meio de bombas de sucção para captar a água do fundo das represas, tem provocado drástica alteração na atual paisagem dos municípios de Piracaia e Joanópolis, *aniquilando sua principal atividade econômica: o turismo*. Assim, são reivindicadas providências imediatas para que, turismo, que se tornou uma atividade econômica diretamente relacionada às condições geográficas daquela região e depende das características da paisagem para se desenvolver, sofra prejuízos incontornáveis. Tais danos ao meio ambiente, aos ecossistemas, em especial à flora e à fauna avançarão à medida que houver a progressiva redução dos níveis dos reservatórios do Sistema Cantareira, assim como ensejar impactos na vida, na saúde e na qualidade de vida das pessoas das regiões envolvidas, motivo pela qual resta evidenciada a necessidade de restrição ao uso do volume morto das represas do Jacareí/Jaguarí e Cachoeira.

3. Dos danos à economia e ao desenvolvimento da região.

Inúmeros usuários privados, públicos e outros segmentos já sentem também os efeitos da redução drástica, sobretudo durante este período crítico de estiagem, das vazões do Sistema Cantareira, podendo gerar conflitos pelo uso dos recursos hídricos entre os diversos setores usuários que tentam garantir, tanto quanto possível, os níveis d'água para retirada atual.

Os diversos setores sentem, ainda, as pressões das potenciais restrições a serem aplicadas, que começam a ser anunciadas e que repercutirão nas BACIAS PCJ.

De outro lado, a r. decisão recorrida, ao analisar *todo* o Sistema Cantareira, firma, *apenas*, “Conclusão sobre os prejuízos causados ao PCJ” (fls. 188 verso), nos seguintes termos:

3.3.1. Conclusão sobre os prejuízos causados ao PCJ

Com o devido respeito às opiniões em contrário, a mim resta bastante claro que o gerenciamento do sistema hídrico paulista vem ocasionando um prejuízo vultoso à *BACIA DO PCJ*. O quadro de f. 48 demonstra, à saciedade, que o *SISTEMA EQUIVALENTE* vem sofrendo uma redução drástica no volume acumulado nos últimos anos.

Como consta da petição inicial dos Demandantes:

Tais impactos ao patrimônio turístico e paisagístico, bem como aos ecossistemas, em especial à flora e à fauna têm sido denunciados por entidades daquela região, como a Associação de Amigos de Bairros da Represa do Jaguarí - AAREJA, que reivindicou providências no tocante

ao indiscriminado esgotamento dos reservatórios do Sistema Cantareira.

Segundo noticia tal Associação, em razão da construção do Sistema Cantareira em 1966 e dos reservatórios de aguari acarei a partir de 1976, as cidades de Piracaia e Joanópolis passaram por profundas modificações paisagísticas e de suas atividades econômicas, difundidas pelo turismo.

Todavia, o avanço na utilização do volume morto, inclusive por meio de bombas de sucção para captar a água do fundo das represas, tem provocado drástica alteração na atual paisagem dos municípios de Piracaia e Joanópolis, *aniquilando sua principal atividade econômica: o turismo*. Assim, são reivindicadas providências imediatas para que, turismo, que se tornou uma atividade econômica diretamente relacionada às condições geográficas daquela região e depende das características da paisagem para se desenvolver, sofra prejuízos incontornáveis. (f. 100 - grifos no original).

Não é necessária qualquer expertise para se ponderar que a condução da política hídrica paulista causa prejuízos de toda a sorte para a região. Neste sentido, aliás:

Um dos grandes desafios atuais é o de garantir a sustentabilidade do crescimento das cidades, conciliando o desenvolvimento econômico e social, com o processo de urbanização desordenado que atinge as cidades do Brasil. Devido a este processo de crescimento desenfreado surge uma maior necessidade de serem adotadas políticas públicas em consonância com o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, notadamente quanto à concretização de direitos humanos básicos de infra-estrutura, como saneamento básico ou ambiental e obras de drenagens.

A ausência de políticas públicas de infra-estrutura faz com que os recursos naturais, principalmente, os hídricos sejam degradados, pela poluição dos lençóis freáticos, causando sérios transtornos para toda a coletividade, com danos à saúde pública de uma maneira generalizada. Essa preferência em preservar a economia paulistana em detrimento do interior do próprio estado, *com todas as vênias*, não se coaduna com o primado da isonomia que deve servir de norte ao administrador público.

Houve violação à norma especial de competência, com a adoção de perspectiva hermenêutica que ela procura evitar.

Em 28 de agosto último, *pele mesmo fundamento*, a pedido da União - com base nas informações do Ministério de Minas e Energia e do Operador Nacional do Sistema Elétrico -, determinei a suspensão de tutela antecipada concedida em ação civil pública instaurada para obter a paralisação das atividades da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira (SLAT nº 2014.03.00.021214-0).

As decisões da Presidência - esta e a do último dia 28 de agosto, acima citada - estão alinhadas com a jurisprudência deste Tribunal Federal, cujo veto ao *illegal* processamento de ações civis públicas fundadas em perspectiva localista, direcionadas a juízos manifestamente incompetentes - *inclusive em ato de usurpação da competência do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal* -, tem sido afirmado, sempre e reiteradamente, por *unanimidade*. Confira-se:

MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO CONTROLE DO TRÁFEGO AÉREO - CONCESSÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR, PELO JUÍZO FEDERAL DE GUARULHOS, NAS UNIDADES AEROPORTUÁRIAS DE CUMBICA (GUARULHOS - SP), CONGONHAS (SÃO PAULO - SP) E CINDACTA 1 (BRASÍLIA - DF): INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PROVIDÊNCIA REQUERIDA PARA A INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO SOB ALEGAÇÕES INVÁLIDAS, EM PARTE, E, NO MAIS, CONTRARIADAS PELA PROVA DOCUMENTAL, COM OBJETO ILÍCITO - REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.

1. No juízo incidental e provisório, próprio ao exame de medida liminar, em Medida Cautelar, cumpre anotar que, ao Juízo Federal local, de Guarulhos (SP), parece faltar competência para a busca e apreensão liminar de documentos, nas unidades aeroportuárias de Cumbica (Guarulhos - SP), Congonhas (São Paulo - SP) e CINDACTA 1 (Brasília - DF).
2. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, pode impedir, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.
3. Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.
4. Os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo
5. A invocação de fundamento fático relacionado à “omissão de informações claras”, por parte da Aeronáutica, não guarda simetria com a verdade documentada, pois, provocado pela Procuradoria da República de Guarulhos, o Comandante da Força, pessoalmente, apresentou esclarecimentos objetivos e circunstanciados - documento de fls. 81/84.
6. Em nome da Nação - ausente uma única reclamação documentada por algum de seus milhões de cidadãos -, a invocação de genérica situação caótica - como simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva -, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.
7. É de nenhuma relevância jurídica, se o suposto “caos aéreo” encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria informação, nem sempre coincidente com o fato certo e documentado.
8. Ciente da grave realidade representada pela “plantação de fatos”, nos meios de comunicação - e de sua reiteração -, o Supremo Tribunal Federal foi ao patamar da solução radical do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria noticiosa - ou publicada em noticiosos. STF, Plenário, PET 2805-Agr, Ministro Nelson Jobim: “Estamos sendo instrumento político. Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político. E não podemos nos submeter a ele”.
9. A Magistratura não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o “xerifismo” dos fronteiriços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.
10. Agravo de instrumento provido.
(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0021751-43.2008.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2011 PÁGINA: 855).

DIREITO CONSTITUCIONAL - “APAGÃO” - ENCARGOS TARIFÁRIOS - MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 2148-1 E 14/01, COM A LEI DE CONVERSÃO Nº 10.438/02 - JULGAMENTO DAS QUESTÕES NO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADC 9, COM EFICÁCIA

VINCULANTE, E RE 576189, NO SISTEMA DA REPERCUSSÃO GERAL - AJUIZAMENTO SUCESSIVO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, COM FUNDAMENTAÇÃO CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO DO STF - EFICÁCIA VINCULANTE TRANSCENDENTE DA MOTIVAÇÃO NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO STF - TERCEIRA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CUJO OBJETO EMBARAÇA OU DIFICULTA A EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO STF - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, PELO RELATOR, NO TRIBUNAL, POR FORÇA DO EFEITO TRANSLATIVO DE RECURSO.

1. As decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com eficácia vinculante e repercussão geral, não podem ser embaraçadas ou dificultadas pelo ajuizamento sucessivo de ações civis públicas.
2. É de nenhuma relevância, para tal efeito, que os fundamentos aceitos, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, constituam, para a Procuradoria da República, “decisão mais política que jurídica”, avaliação operada, em uma das três ações civis públicas, em nota de rodapé.
3. A fundamentação exposta em decisão adotada no âmbito do controle de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, tem eficácia vinculante. Precedentes do STF.
4. Extinção sumária da terceira ação civil pública, diretamente no Tribunal, por decisão monocrática do Relator, de ofício, no âmbito do efeito translativo de recurso, cujo exame fica prejudicado.
5. Agravo improvido pelo Colegiado.
 (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0004747-22.2010.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 04/08/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/08/2011 PÁGINA: 587).

SISTEMA CANTAREIRA - AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP), CUJA PETIÇÃO INICIAL, EM 137 LAUDAS, COM FUNDAMENTO NA BÍBLIA, EM POESIA E EM DEZENAS DE DISPOSITIVOS LEGAIS, FORMULA, EM 30 PÁGINAS, DEZENAS DE PEDIDOS TUMULTUÁRIOS, IMPOSSÍVEIS OU CATASTRÓFICOS - INÉPCIA MÚLTIPLA, AMPLA E RADICAL: INSANÁVEL - AUTORA DA ACP QUE TEM A PRETENSÃO DE REPRESENTAR A TUDO E A TODOS, DENTRO E FORA DO MUNICÍPIO, INCLUSIVE O PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO, POR SIMPLES COOPTAÇÃO ESTATUTÁRIA: OFENSA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - PRETENSÃO DE REPRESENTAÇÃO DE OUTROS 57 MUNICÍPIOS: ABUSO DE REPRESENTAÇÃO - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TRANSLATIVO.

1. José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as “disfunções do mecanismo judiciário”, “no tocante à condução do processo”, “a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível” (“Sobre a ‘participação’ do Juiz no processo civil”, em “Participação e Processo”, pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).
2. O sistema processual determina a pronta extinção de feitos manifestamente inviáveis. A questão é de interesse geral e os Juizes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, são convocados ao exercício desta prerrogativa. Artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.
3. No caso dos Tribunais, em particular, se a inviabilidade da ação é absoluta e, assim, está vinculada às questões de ordem pública, a exigência do chamado efeito devolutivo do recurso é dispensada. Nesta circunstância excepcional, opera o efeito translativo. Precedente do STJ: REsp 609144 - Ministro Teori Albino Zavascki, Relator.
4. Entidade autora da ação civil pública que tem a pretensão de representar a tudo e a todos, na área de sua “jurisdição”, integrada, inclusive, pelo próprio Poder Judiciário, através de simples cooptação estatutária, em ato de manifesta afronta ao Estado Democrático de Direito.
5. O Supremo Tribunal Federal tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações

correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de grande valia para a Sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos desconformes com o sistema jurídico. Precedente: ADI 4366, Ministra Ellen Gracie, Relatora.

6. Ação civil pública aparelhada em dezenas de pedidos tumultuários, desconexos, laudatórios e, até, catastróficos, como é o caso da “não abertura das comportas do Sistema Cantareira quando da época das cheias”, com potencial repercussão trágica sobre uma das maiores concentrações populacionais do mundo.

7. Extinção da ação civil pública, de ofício, pela via do efeito translativo, prejudicado o agravo de instrumento.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0080242-48.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 09/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2011 PÁGINA: 714).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO, PELA VIA JUDICIAL, DE REGULAMENTO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL SOBRE CUSTÓDIA DE VALORES - ÂMBITO NACIONAL - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO LOCAL - FALTA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO ÓRGÃO DE EXECUÇÃO SUBSCRITOR DA PETIÇÃO INICIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DE OFÍCIO.

1. A ação civil pública tem, por objeto, no âmbito do Banco Central do Brasil, a superação do Título 4, Capítulo 3, do Regulamento BACEN, sobre custódia de valores e a imposição, via decisão judicial, de nova sistemática, nos termos da proposta do subscritor da petição inicial.

2. O dano descrito na petição inicial é nacional, porque o procedimento de custódia de valores é aplicável a bens apreendidos em todo o território brasileiro, sendo certo, ainda, que as normas disciplinadoras correlatas são válidas para todas as unidades administrativas do Banco Central do Brasil.

3. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, impede, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva radical da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.

4. Aparente legalidade do Regulamento do BACEN, cuja sujeição a incidentes não autoriza a extração de cópias, para o órgão de execução do Ministério Público dotado de atribuição legal.

5. Reconhecimento da incompetência absoluta do digno Juízo de 1º grau, de ofício. Processo extinto sem a resolução do mérito. Agravo de instrumento prejudicado. Agravo regimental da Procuradoria Regional da República não conhecido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0001167-47.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 04/08/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/08/2011 PÁGINA: 854).

Por estes fundamentos, determino a suspensão da tutela antecipada concedida na ação civil pública mencionada na petição inicial.

Comunique-se. Intimem-se. Publique-se.

Depois, à PRR.

São Paulo, 16 de outubro de 2014.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Processual Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0009515-45.2006.4.03.6106
(2006.61.06.009515-8)

Apelantes: ARIIVALDO JOSE CHRISTOFOLETTI E OUTROS (réus presos)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACr 30996
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/10/2014

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA PERANTE O JUÍZO DE ORIGEM SEM A PRESENÇA DOS RÉUS PRESOS. NULIDADE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

1. A ação penal tramitou, inicialmente, perante o Juízo de Direito do Foro Distrital de Macaúbal, tendo havido, na Justiça Federal, a ratificação de todos os atos praticados perante referido Juízo.
2. Tratando-se de atos praticados por juízo absolutamente incompetente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido de que é possível a ratificação inclusive dos atos decisórios (HC nº 83.006/SP, Pleno, maioria, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.06.2003, DJU 29.08.2003, p. 20). Precedentes também do STJ.
3. A possibilidade de convalidação dos atos praticados perante Juízo incompetente *ratione materiae* depende, necessariamente, de que tenham sido realizados em perfeita consonância com as garantias do contraditório e da ampla defesa, elementares ao devido processo legal.
4. No caso dos autos, os réus - presos preventivamente - não foram apresentados na audiência de oitiva da vítima, embora intimados e requisitados. Alegação de insuficiência de transporte por parte do estabelecimento prisional.
5. A deficiência estatal não poderia prejudicar o exercício do legítimo direito de defesa dos acusados.
6. O reconhecimento de vício insanável decorrente do cerceamento do direito de defesa impõe a declaração, de ofício, da nulidade do feito. Inteligência do art. 563, c.c. o art. 564, IV, ambos do Código de Processo Penal.
7. Reconhecimento, de ofício, de nulidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, declarar, de ofício, a nulidade da audiência de oitiva da vítima Cleusa Gui Martins e da sentença de fls. 1011/1024, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de outubro de 2014.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas por ARIIVALDO JOSÉ CHRISTOFOLETTI, AGUINALDO BONILHA (vulgo *Neutrox*) e DANIEL CARDOSO DE ALMEIDA (vulgo *Pescoço e Amendoim*), em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP (fls. 1011/1024).

Os réus foram denunciados e condenados pela prática do crime de roubo triplamente majorado (CP, art. 157, § 2º, I, II e V), à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, cada qual à razão de 1/20 (um vinte avos) do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

A denúncia foi recebida em 12 de maio de 2006 (fls. 135/136).

A ação penal tramitou, inicialmente, perante o Juízo de Direito do Foro Distrital de Ma-caubal, tendo esse juízo declinado da competência para a Justiça Federal em 10 de novembro de 2006 (fls. 627), oportunidade em que a instrução criminal estava em fase bastante avançada.

O Ministério Público Federal ratificou “os atos praticados pelo Ilustre representante do Ministério Público do Estado de São Paulo” (fls. 639/642), tendo a 1ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP “convalidado os atos praticados pelo Juízo Estadual” (fls. 649).

Encerrada a instrução, foi prolatada a sentença condenatória de fls. 1011/1024, publicada em 20 de agosto de 2007 (fls. 1025), motivando a interposição das apelações acima noticiadas.

Em suas razões recursais, a defesa de ARIIVALDO JOSÉ CHRISTOFOLETTI pleiteia sua absolvição, sustentando que não praticou o crime do qual é acusado, apontando a insuficiência das provas colhidas nos autos para justificar a sua condenação. Requer, subsidiariamente, a fixação da pena mínima, sem aplicação de dias-multa ou “qualificadoras”. Além disso, postula o direito de aguardar o julgamento da apelação em liberdade (fls. 1045/1050).

A defesa do réu AGUINALDO BONILHA requer sua absolvição, sustentando que não há nos autos provas suficientes para a condenação. Subsidiariamente, pleiteia a retificação da dosimetria para que a pena-base seja reduzida ao mínimo legal, excluídas as causas de aumento da pena, vez que não foram comprovados o uso de arma e o concurso de agentes, bem como a redução do valor dos dias-multa (fls. 1051/1054).

Por sua vez, a defesa de DANIEL CARDOSO DE ALMEIDA requer sua absolvição, “por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal e por não existir prova suficiente para a sua condenação” (fls. 1215/1219).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovimento dos recursos dos réus e a consequente manutenção da sentença por seus próprios fundamentos (fls. 1229/1237, fls. 1238/1246 e fls. 1247/1254).

Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento dos recursos de DANIEL CARDOSO DE ALMEIDA e ARIIVALDO JOSÉ CHISTOFOLETTI, bem como pelo parcial provimento do recurso de AGUINALDO BONILHA, “apenas para que seja reduzido ao mínimo legal o valor unitário dos dias-multa atinente à penalidade pecuniária que lhe foi imposta, mantendo-se, no mais, incólume a sentença de primeiro grau” (fls. 1256/1263).

Não houve deliberação acerca do pedido de expedição de guia de recolhimento provisória em favor do réu ARIIVALDO, pois esta providência já havia sido tomada pelo Juízo de origem

(fls. 1267/1273, 1275 e 1277).

Em 28.11.2008, o Juízo das Execuções Criminais concedeu ao réu ARIIVALDO o benefício do livramento condicional, conforme informação anexada a fls. 1302/1308.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

A ação penal tramitou, inicialmente, perante o Juízo de Direito do Foro Distrital de Macaubal, tendo a declinação da competência para a Justiça Federal ocorrido em fase bastante avançada da instrução criminal.

Na Justiça Federal, houve a ratificação de todos os atos praticados perante a Justiça Estadual, conforme manifestação do Ministério Público Federal (fls. 639/642) integralmente acolhida pela 1ª Vara Federal de São José do Rio Preto (fls. 649).

Anoto que, tratando-se de atos praticados por juízo absolutamente incompetente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido de que é possível a ratificação inclusive dos atos decisórios (HC nº 83.006/SP, Pleno, maioria, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.06.2003, DJU 29.08.2003, p. 20). A partir desse julgamento, “a jurisprudência do Tribunal evoluiu para admitir a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive quanto aos atos decisórios” (HC nº 88.262/SP, Segunda Turma, v.u., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.12.2006, DJ 30.03.2007, RTJ 201/682), orientação que passou a ser acolhida também pelo Superior Tribunal de Justiça (HC nº 76.946/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.02.2009, DJe 16.03.2009; RHC nº 23.500/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 05.05.2011, DJe 24.06.2011).

Evidentemente, a possibilidade de convalidação dos atos praticados perante Juízo incompetente *ratione materiae* depende, necessariamente, de que tenham sido realizados em perfeita consonância com as garantias do contraditório e da ampla defesa, elementares ao devido processo legal. No caso dos autos, todavia, verifico flagrante cerceamento do direito de defesa dos acusados, que foram impedidos de participar de sucessivas audiências de oitiva de vítimas e testemunhas perante o Juízo processante.

Com efeito, o Juízo de Direito do Foro Distrital de Macaubal designou os dias 31 de agosto e 5 de setembro de 2006 para a realização de audiências de instrução, tendo sido expedidas cartas precatórias para a Comarca de São José do Rio Preto para a intimação dos réus, presos preventivamente no Centro de Detenção Provisória daquela cidade, bem como ofícios solicitando suas requisições junto ao estabelecimento prisional (fls. 336/339, 389/392).

Apesar da adoção de tais providências, o Juízo processante foi comunicado previamente pelo CDP de São José do Rio Preto de que os réus não seriam apresentados às audiências por “insuficiência em nossos meios operacionais de transporte” (*sic*), conforme ofícios anexados a fls. 382 e 408. Não obstante isso, ambas audiências foram realizadas sem a presença dos acusados, tendo sido colhidos depoimentos, dentre outros, da vítima *Cleusa Gui Martins* (fls. 383/388, 395/398).

Ora, os réus tinham o direito de acompanhar as provas produzidas no Juízo de origem e foram impedidos de fazê-lo por circunstâncias alheias à sua vontade. Noutras palavras, a

ausência dos acusados nas audiências de instrução realizadas perante o Juízo de Direito do Foro Distrital de Macaúbal não decorreu de culpa dos mesmos ou de suas defesas, sendo que a deficiência estatal não poderia, obviamente, prejudicar o exercício de seu legítimo direito de defesa.

Anote-se que parte das vítimas e testemunhas foi ouvida por carta precatória, perante o Juízo da Comarca de São José do Rio Preto, sendo que também nessas audiências os réus não compareceram por idêntico motivo.

É certo que eles foram intimados da realização do ato, o que, segundo o Supremo Tribunal Federal, bastaria para se evitar eventual nulidade. No julgamento da Repercussão Geral por Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº 602.543/RS, o STF, em sessão plenária e por maioria de votos, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmando “a jurisprudência da Corte acerca da inexistência de nulidade pela ausência, em oitiva de testemunha por carta precatória, de réu preso que não manifestou expressamente intenção de participar da audiência” (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19.11.2009, DJe 25.02.2010).

Esse entendimento, todavia, alcança apenas as audiências realizadas por meio de carta precatória, restando preservada a necessidade de que, perante o Juízo de origem, sejam asseguradas aos réus presos sua requisição e presença nas audiências ali realizadas.

Assim, conquanto os acusados não tenham participado da oitiva das testemunhas da defesa perante o Juízo de Direito do Foro Distrital de Macaúbal, e disso não decorreu nenhum prejuízo, verifico que o efetivo prejuízo ao pleno exercício do direito de defesa ocorreu, especificamente, na audiência que colheu o depoimento da vítima *Cleusa Gui Martins*, pessoa que teve contato direto com os agentes do delito e cujo depoimento foi textualmente utilizado pelo magistrado *a quo* na prolação da sentença condenatória.

O reconhecimento de vício insanável decorrente do cerceamento de defesa impõe a declaração, de ofício, da nulidade do feito, mais especificamente da audiência de oitiva da vítima *Cleusa Gui Martins* e, conseqüentemente, da sentença, com fundamento no art. 563, c.c. o art. 564, IV, ambos do Código de Processo Penal.

Posto isso, *declaro, de ofício, a nulidade da audiência* de oitiva da vítima *Cleusa Gui Martins* e da sentença de fls. 1011/1024, devendo os autos ser remetidos à 1ª Vara Federal de São José do Rio Preto para que seja assegurado aos réus, na hipótese de ainda estarem presos, sua presença na audiência de oitiva da vítima *Cleusa Gui Martins* que deverá ser novamente realizada.

Se os réus estiverem soltos, deverão ser devidamente intimados para comparecer ao novo ato. Finda a instrução, observe-se o disposto nos arts. 402 e 403 do Código de Processo Penal, proferindo o Juízo de origem nova sentença.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0001358-60.2013.4.03.6002
(2013.60.02.001358-3)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorrido: WALTER PARAISO RIBEIRO DE NAVARRO FILHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
Classe do Processo: RSE 6856
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2014

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DO ARTIGO 20, § 2º DA LEI 7.716/1989. CONSUMAÇÃO NO MOMENTO EM QUE PUBLICADA A MATÉRIA. COMPETÊNCIA FIXADA EM RAZÃO DO LUGAR EM QUE A ETNIA OFENDIDA TOMOU CONHECIMENTO DO ARTIGO VEICULADO: DESCABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que declarou a incompetência do Juízo da 2ª Vara Federal de Dourados/MS para processar e julgar denúncia oferecida pelo MPF dando o réu como incurso no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/1989.
2. A prática que se apura, publicação de conteúdo preconceituoso contra toda uma etnia, constitui crime de mera conduta e, portanto, teria se consumado no momento em que publicada a matéria, sendo irrelevante que o grupo étnico ofendido tome conhecimento de seu conteúdo ou veiculação.
3. A interpretação pretendida pelo Ministério Público Federal somente teria sentido se a imputação fosse de injúria racial, previsto no artigo 140, § 3º do Código Penal, que se consuma quando o ofendido toma conhecimento da declaração ofensiva.
4. O conhecimento do grupo étnico ofendido acerca da matéria veiculada é irrelevante para a consumação do tipo penal e, por conseguinte, para a fixação da competência.
5. Caso se admitisse a tese esposada pelo Ministério Público Federal, eventuais ofensas contra os índios Guarani-Kaiowás perpetradas em qualquer lugar do país, já teriam a competência previamente fixada tão-somente em virtude da região habitada pela etnia, o que é desarrazoado.
6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento* ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de setembro de 2014.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a decisão, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Ricardo Damasceno de Almeida, que declarou a incompetência do Juízo da 2ª Vara Federal de Dourados/MS para processar e julgar denúncia oferecida pelo MPF contra Walter Paraíso Ribeiro Navarro Filho, dando-o como incurso no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/1989 (fls. 24).

Consta da denúncia que, em 08/11/2012, Walter Paraíso Navarro, qualificado nos autos, publicou um artigo em sua coluna no site do jornal “O Tempo”, referindo-se à população indígena de maneira pejorativa, utilizando-se de termos impróprios e ofensivos.

Entendeu o MM. Juízo de primeiro grau que, “nos crimes de ofensas publicadas na internet a competência territorial se firma pelo local em que se localize o provedor do site onde foi publicado o texto calunioso”, fundamentando o decisum com base no entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a questão (CC 201202148611). E, no caso dos autos, uma vez que o site do jornal “O Tempo” é hospedado em servidor localizado no município de Belo Horizonte/MG, este seria o local em que o crime teria se consumado, razão pela qual declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Belo Horizonte/MG, nos termos do artigo 70 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito (fls. 27/29), ao argumento de que, no caso em tela, deve-se aplicar a teoria do resultado, firmando-se a competência do local onde o crime foi consumado. Aduz que a etnia Guarani-Kaiowá que habita a reserva da região de Dourados é a mais populosa do Estado de Mato Grosso do Sul, sendo que “neste local se consumou o injusto, pois foi em tal região que o conhecimento da conduta criminosa causou dano ao grupo vitimado. Assim sendo, a competência territorial deve ser firmada pelo local em que o crime se consumou e não pelo local de onde partiu a ação”.

Contrarrazões do acusado às fls. 39/42.

A Procuradora Regional da República, em parecer da lavra do Dr. João Francisco Bezerra de Carvalho, opinou pelo provimento do recurso (fls. 46/48v).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

O recurso não comporta provimento.

A denúncia atribuí ao recorrido a prática de crime capitulado no artigo 20, § 2º da Lei 7.716/1989:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

(...)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A prática que se apura, “publicação de conteúdo preconceituoso contra toda uma etnia, constitui crime de mera conduta e, portanto, teria se consumado no momento em que publicada a matéria, sendo irrelevante que o grupo étnico ofendido tome conhecimento de seu conteúdo ou veiculação”.

A interpretação pretendida pelo Ministério Público Federal somente teria sentido se a imputação fosse de injúria racial, previsto no artigo 140, § 3º do Código Penal, que se consuma quando o ofendido toma conhecimento da declaração ofensiva.

Nesse sentido a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, *in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Volume 1, Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2013, em nota ao artigo 20 da Lei nº 7.716/89, fls. 281, e *in* Código Penal Comentado, Editora Forense, 14ª edição, 2014, em nota ao artigo 140 do Código Penal, fls. 755:

110. Confronto com a injúria racial (art. 140, § 3º, CP): embora tenhamos criticado a construção do tipo penal, que não respeitou o princípio da taxatividade, evidenciando, nitidamente, quais seriam as condutas discriminatórias, é preciso considerar que o art. 20 da Lei 7.716/89 diz respeito à ofensa a um grupo de pessoas e não somente a um indivíduo, enquanto o art. 140, § 3º, do Código Penal, ao contrário refere-se a uma pessoa, embora valendo-se de instrumentos relacionados a um grupo de pessoas.

38. Consumação: justifica-se a aplicação integral da pena, portanto, considera-se o delito consumado quando a ofensa chega ao conhecimento da vítima.

Assim, o conhecimento do grupo étnico ofendido acerca da matéria veiculada é irrelevante para a consumação do tipo penal em tela e, por conseguinte, para a fixação da competência, razão pela qual o recurso interposto não merece provimento.

Ademais, caso se admitisse a tese esposada pelo Ministério Público Federal, eventuais ofensas contra os índios Guarani-Kaiowás perpetradas em qualquer lugar do país, já teriam a competência previamente fixada tão-somente em virtude da região habitada pela etnia, o que é desarrazoado.

Pelo exposto, *nego provimento* ao recurso em sentido estrito.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

“HABEAS CORPUS”
0020993-54.2014.4.03.0000
(2014.03.00.020993-1)

Impetrantes: MANOEL CUNHA LACERDA E ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Paciente: CLEVERSOM LUIZ BERTELLI (réu preso)
Corréus: ANTONIO BORGES DE OLIVEIRA E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: HC 59580
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2014

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CABÍVEL CONTRA DECISÃO QUE REJEITA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE IMPETRADA NÃO VERIFICADA. REITERAÇÃO DE ARGUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Admite-se a impetração de *habeas corpus* da decisão que rejeita a exceção de incompetência, se presentes os requisitos, pois, ainda que de forma reflexa, implica na restrição à liberdade de locomoção, considerando o prosseguimento da ação penal perante o juízo tido por incompetente. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte.
2. É possível a simultaneidade de ações penais no Juízo Estadual e em outros Juízos Federais, pertinentes ao delito de tráfico internacional de drogas e organização criminosa, ou mesmo associação, de molde que nada impede o prosseguimento das investigações, as quais, *in casu*, redundou na suposta participação do paciente. Destarte, não há que se falar em violação à garantia do juiz natural ou afronta ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.
3. A matéria relativa à competência do Juízo impetrado já fora amplamente debatida na exceção de incompetência, bem como em sede do *habeas corpus* anteriormente impetrado (nº 2014.03.00.008533-6). Cuida-se, pois, de mera reiteração de argumentos já apreciados, considerando que não foram apresentados novos fatos novos a justificar o presente *habeas corpus*, o que leva a concluir pretender os impetrantes eternizar a discussão acerca da competência do Juízo impetrado.
4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, sendo que o Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita acompanhou pela conclusão.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Manoel Cunha Lacerda e Alexandra Berton Schiavinato, em favor do paciente CLEVERSON LUIZ BERTELLI, contra ato do MM. Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de São Paulo, consubstanciado na rejeição da exceção de incompetência nº 0007320-75.2014.4.03.6181.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que o paciente, em razão de investigação efetuada por interceptação telefônica, prorrogada por meio de sucessivas autorizações judiciais, foi denunciado perante o Juízo Federal da 10ª Vara Criminal de São Paulo pela suposta participação em delitos de tráfico de drogas e associação (ato de traficância internacional), os quais teriam ocorrido na cidade de Santos. Contudo, já tramitam diversas ações penais em juízos estaduais e federais para a apuração das condutas imputadas aos autores dos delitos, de forma que o coautor ou partícipe, como é o caso do paciente, não pode ser processado em outra jurisdição. Desta feita, o paciente arguiu exceção de incompetência.

Aduzem que o juízo impetrado extrapolou a sua competência ao rejeitar a referida exceção, assim como pela decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, incorrendo em violação à garantia constitucional do juiz natural e afronta ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Argumentam não ser na fase policial que se define a competência e, ainda, que a escuta telefônica foi autorizada a muito tempo da ocorrência dos delitos, quando, inclusive, já tramitavam ações penais em diversos juízos.

Ademais, afirmam que a sentença de rejeição da exceção, desviando-se da essência da questão posta, referiu-se, em seu início, à investigação por meio de escuta telefônica autorizada judicialmente para investigar “suposta organização criminosa” (Lei nº 12.850/2013), quando a denúncia se refere a delito de tráfico e associação.

De outro lado, rejeitam fatos narrados na denúncia, alegando que não se pode acusar alguém de ter praticado delito de tráfico de cocaína, sem que tivesse sido apreendido um grama da substância.

Informam, outrossim, que fora impetrado anterior *habeas corpus* (HC nº 0008533-35.2014.4.03.000) discutindo a prisão preventiva do paciente e a incompetência do Juízo impetrado.

Requerem a concessão da ordem para anular o ato coator, decretando-se a incompetência do Juízo impetrado, com a anulação da ação penal *ab initio* e o restabelecimento do *status libertatis* do paciente.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 99/99 vº.

Ausente pedido de liminar (fls. 133).

O d. Ministério Público Federal, em parecer lançado às fls. 135/141, manifestou-se pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

Cabimento de habeas corpus

De início, impende assinalar que o sistema recursal do Processo Penal pátrio não prevê recurso próprio a desafiar decisão de juízo de primeira instância que rejeita exceção de incompetência, sendo cabível recurso em sentido estrito somente contra *decisum* que conclui pela competência do juízo.

Dessa forma, admite-se a impetração de *habeas corpus* da decisão que rejeita a exceção de incompetência, se presentes os requisitos, pois, ainda que de forma reflexa, implica na restrição à liberdade de locomoção, considerando o prosseguimento da ação penal perante o juízo tido por incompetente.

Nesse sentido, precedentes dos Colendos Tribunais Superiores e desta Egrégia Corte Regional:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

EMENTA: *HABEAS-CORPUS* IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO EM *HABEAS-CORPUS* INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DE *HABEAS-CORPUS*, PROLATADA PELO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, POR ENTENDER QUE NÃO É A SEDE PRÓPRIA PARA DIRIMIR CONFLITO DE JURISDIÇÃO INEXISTENTE. CRIMES DE RESISTÊNCIA E DESACATO PRATICADOS POR FUZILEIRO NAVAL. CABIMENTO DE *HABEAS-CORPUS* PARA EXAME DE ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA.

(...)

2.1 Cabe, também, *habeas-corpus* para declarar a incompetência absoluta do juiz processante, ainda que o paciente não se encontre preso, por se tratar de remédio constitucional contra ato que impõe, ainda que por via reflexa, restrição à liberdade de locomoção, tendo em vista que o procedimento criminal, pelo séquito de gravames que acarreta ao acusado, importa em restrição de sua liberdade de ir e vir. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3. *Habeas-corpus* conhecido e deferido, em parte.

(HC 75578, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 25/11/1997, DJ 20-02-1998 PP-00014 EMENT VOL-01899-01 PP-00149)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

PROCESSUAL PENAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO NO JUÍZO MONOCRÁTICO. INEXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO CABÍVEL. MATÉRIA SUSCITADA EM PRELIMINAR DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA.

1 - Contra a decisão do juízo monocrático que rejeita a exceção de incompetência, não cabe recurso em sentido estrito, podendo, então, o édito ser confrontado por meio de *habeas corpus*, se presentes os seus requisitos, ou suscitada a questão nos autos, em preliminar, conforme ocorreu *in casu*.

2 - Na hipótese, por óbvio, não há falar em preclusão da matéria relativa à competência, dado que foi suscitada no momento próprio e ainda renovada em alegações finais da defesa e em preliminar da apelação.

3 - Ordem concedida para que o Tribunal de origem decida a questão da competência.

(HC 162.176/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - TRF3
HABEAS CORPUS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO. CABIMENTO. AÇÕES PENAIS. COMPETÊNCIA. PREVENÇÃO.

1. É cabível a impetração de *habeas corpus* contra decisão que rejeita exceção de incompetência, uma vez que se trata de ato que impõe, ainda que de forma indireta, restrição à liberdade de locomoção por importar no prosseguimento da ação penal perante juízo tido por incompetente.

2. Esta 5ª Turma é competente para processar e julgar o *habeas corpus*, uma vez que se trata de decisão proferida por juiz federal sujeito à jurisdição deste Tribunal. A circunstância de a autoridade impetrada não ter se manifestado expressamente sobre a ocorrência de conexão entre as demais ações penais ajuizadas em face do paciente não impede o conhecimento deste *writ*, dado que os impetrantes sustentam que, ao receber as denúncias, a autoridade impetrada teria reconhecido, de forma implícita, sua competência para o processamento de todos os feitos.

3. A análise da competência para processar e julgar as ações penais deve ser verificada em relação à Operação Lince e, posteriormente, à Operação Plata, uma vez que por meios delas foram obtidos elementos para a propositura dos feitos em face do paciente.

4. Não é possível a singela aplicação, como critério de fixação de competência, do disposto no art. 78, II, a e b, do Código de Processo Penal, bem como na Súmula nº 151 do Superior Tribunal de Justiça, dada a complexidade e o grande número de feitos que decorrem das Operações Lince e Plata. Portanto, não configura constrangimento ilegal a decisão da autoridade impetrada que, em face da ocorrência de prevenção (CPP, art. 78, II, c, c. c. o art. 83), rejeitou a exceção de incompetência oposta pelos impetrantes.

5. *Habeas corpus* conhecido. Ordem denegada.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, HC 0024651-67.2006.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 06/11/2006, DJU DATA: 30/01/2007)

Da competência.

A ordem há de ser denegada, pelos fundamentos a seguir expendidos.

O paciente foi denunciado pela prática, por três vezes em concurso material, do crime tipificado pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como assim pela prática do delito estabelecido no artigo 35 desse mesmo diploma legal, conjugadas todas essas imputações com a norma do artigo 40, inciso I, da citada lei (fls. 71).

Consta da cópia da denúncia encartada às fls. 29/73, que o paciente, juntamente com outro denunciado, seria responsável por adquirir ou importar grandes quantidades de cocaína provenientes de países fronteiriços do Brasil (Paraguai ou Bolívia), com o escopo de revender a droga para outros que se responsabilizavam por distribuí-la para países europeus (fls. 32).

Infere-se da peça acusatória que o paciente teria se associado a outros indivíduos com o fim de praticar crimes, notadamente a traficância internacional de entorpecentes, tendo sido evidenciada a sua participação, na qualidade de fornecer, em razão de sucessivas autorizações judiciais de interceptação telefônica.

Como bem assinalou o d. *Parquet Federal*, em parecer de fls. 135/141, a matéria aqui versada (incompetência do Juízo impetrado), já fora objeto de impetração anterior de *habeas corpus*, autuado sob o nº 2014.03.00.008533-6, de relatoria da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, em que pese, em adição, discutir-se também a legitimidade da decretação da prisão preventiva do paciente. Destaco que sucedi a relatoria do *habeas corpus* nº 2014.03.00.008533-6.

Em consulta processual, verifica-se que a então relatora do *habeas corpus* nº 2014.03.00.008533-6, a e. Juíza Federal Convocada Denise Avelar, concluiu no sentido de que, por se tratar de organização criminosa, é possível a existência de ação penal no Juízo Estadual, ou mesmo outros Juízos Federais, não obstando o prosseguimento das investigações.

Por oportuno, colaciono excerto da referida decisão:

Primeiramente, não merece prosperar a alegação de incompetência da autoridade impetrada para a decretação da prisão preventiva, bem como de interceptação telefônica e telemática em relação ao paciente.

Da análise dos autos, depreende-se que a primeira representação pelo monitoramento e interceptação de sinais telefônicos e dados telemáticos originou-se de apreensão de drogas e armamentos ocorrida em 17.05.13, momento no qual não havia sido evidenciada a possível participação do paciente nos fatos.

Os impetrantes afirmam que tal fato, ocorrido em 17.05.13, teria resultado na instauração de um inquérito policial perante a 4ª Vara Criminal de São Paulo, cujo Juízo declinara de sua competência, com a consequente distribuição dos autos para a Vara Criminal do Foro de Cotia/SP e que naquela ação o paciente não teria sido denunciado.

Verifica-se que a aludida interceptação foi prorrogada por meio de sucessivas autorizações judiciais, sendo que, no decorrer do trabalho policial realizado, chegou-se ao nome do paciente, bem como a fatos que levam a crer que teria ele participação no tráfico de drogas ora apurado na qualidade de fornecedor. Ainda, consoante documentação juntada aos autos pela autoridade impetrada, percebe-se que a investigação em questão deparou-se com uma organização criminosa, atuante em diversos pontos do Brasil e do exterior, mediante a compra de drogas em outros países da América Latina e posterior remessa do produto a outros países estrangeiros por meio do Porto de Santos, bem como por via aérea com saída em São Paulo. Ressalte-se que a autoridade policial pugnou, logo naquele primeiro momento, pela utilização do instituto da ação controlada, nos termos do art. 53, inciso II da Lei nº 11.343/06 (fl. 269). Assim, numa análise perfunctória, vê-se que a possível existência de uma ação penal no juízo estadual, ou até mesmo em outros juízos federais, relacionados às apreensões de drogas não impede o prosseguimento nas investigações em questão, que têm como objeto a organização criminosa como um todo, e as práticas de tráfico internacional de drogas como atividade habitual dos indivíduos que dela participam ou que com ela se relacionam, o que justifica o interesse da União.

Confira-se, ainda, o acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* nº 2014.03.00.008533-6, na sessão de julgamento realizada no dia 26 de agosto deste ano:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE IMPETRADA. PERSISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP.

1. A possível existência de ação penal no Juízo estadual, ou até mesmo em outros Juízos federais, relacionados às apreensões de drogas não impede o prosseguimento nas investigações, que têm por escopo a organização criminosa como um todo.
2. O eminente Juízo de primeiro grau demonstrou a permanência dos requisitos constantes do artigo 312 do CPP.
3. Ordem denegada.

De igual forma, entendo ser possível a simultaneidade de ações penais no Juízo Estadual e em outros Juízos Federais, pertinentes ao delito de tráfico internacional de drogas e organização criminosa, ou mesmo associação (como consta da denúncia), de molde que nada impede

o prosseguimento das investigações, as quais, *in casu*, redundou na suposta participação do paciente. Destarte, não há que se falar em violação à garantia do juiz natural ou afronta ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Ademais, a matéria aqui versada, como verificado alhures, já fora amplamente debatida na exceção de incompetência e, posteriormente, em sede do *habeas corpus* nº 2014.03.00.008533-6, quando restou afastada a alegação de incompetência do Juízo impetrado.

Cuida-se, pois, de mera reiteração de argumentos já apreciados, considerando que não foram apresentados novos fatos novos a justificar o presente *habeas corpus*, o que leva a concluir pretender os impetrantes eternizar a discussão acerca da competência do Juízo impetrado, que repiso já fora amplamente debatida e analisada, impondo-se o seu não conhecimento.

Neste sentido, trago julgados da Suprema Corte e deste E. Tribunal:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. ESTUPRO. 56 VEZES. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DE IMPETRAÇÃO ANTERIOR. PERDA DE OBJETO. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE MANTEVE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GRAVIDADE CONCRETA DOS CRIMES. PERICULOSIDADE DO RÉU. SUSPENSÃO DO REGISTRO PROFISSIONAL QUE NÃO IMPEDE A REITERAÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA. ORDEM NÃO CONHECIDA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA.

1. A apontada ilegalidade da prisão preventiva decretada em desfavor do paciente já foi submetida à apreciação por este Tribunal (HC 100.429/SP), até mesmo para evidenciar a inexistência de constrangimento ilegal apta a afastar a incidência da Súmula 691/STF.

2. Sendo assim, o pedido formulado neste feito consubstancia mera reiteração dos argumentos já apreciados no *writ* acima apontado, o que, por sua vez, implica o não-conhecimento deste HC 102.098/SP.

(...)

(HC 102098, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-151 DIVULG 05-08-2011 PUBLIC 08-08-2011 EMENT VOL-02561-01 PP-00098)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

AGRAVO REGIMENTAL EM “*HABEAS CORPUS*” - DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE UM SEGUNDO *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA A DENÚNCIA, PERSISTINDO EM AFIRMAR A INÉPCIA DA MESMA - REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ JULGADO EM IMPETRAÇÃO ANTERIOR, DENEGADA PELA TURMA - ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTO “NOVO” - DESCABIMENTO NA ESPÉCIE - IMPOSSIBILIDADE DA BANALIZAÇÃO DO “*MANDAMUS*” - RECURSO IMPROVIDO.

1. Por meio do presente *habeas corpus* pretende o impetrante viabilizar o reconhecimento da inépcia da denúncia pois, segundo alega, a inicial acusatória estaria baseada em meras presunções, sem conter a descrição dos diálogos interceptados e sem indicar as folhas onde estes se encontram.

2. Em *habeas corpus* anterior (nº 2009.03.00.027143-4) o impetrante sustentou a tese de inépcia da denúncia decorrente da inexistência de descrição da conduta típica imputado ao paciente, tendo a C. Primeira Turma, por unanimidade, descartado a existência de qualquer vício na inicial acusatória.

3. Segundo *habeas corpus* indeferido liminarmente. Agravo regimental.

4. Se a Turma examinou a denúncia no âmbito de *habeas corpus* impetrado pela defesa do paciente, perscrutando-a dentro dos limites de cognição possíveis na via angusta do *mandamus*, assim concluindo pela aptidão da peça conforme os rigores do artigo 41 do Código de Processo Penal, não tem qualquer pertinência o mesmo órgão fracionário conhecer de

um “segundo” *habeas corpus* em que a defesa insiste na inépcia da mesma peça acusatória afirmando que ela contém um defeito “novo”, não cogitado quando da primeira impetração

5. *Admitir-se uma seriação de habeas corpus onde a cada vez se afirma que a mesma denúncia ministerial é inepta por uma razão diferente, seria apequenar a posição excelsa do habeas corpus, que deve se prestar como veículo de afirmações e argumentos relevantes e ser usado com a parcimônia própria das coisas sérias.* Agravo regimental desprovido. (Destaquei) (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, HC 0034726-29.2010.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 17/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/05/2011 PÁGINA: 296)

E no que se refere à rejeição dos fatos narrados na denúncia, reafirme-se o entendimento de não poder ser objeto de *habeas corpus*, pois demanda exame fático-probatório.

Por derradeiro, conforme louvável registro no parecer ministerial (fls. 138/139),

... o Tribunal não poderá, sob pena de indevida *mutatio libelli*, apontar como delito praticado o previsto no artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 12.850/2013, até porque demandaria revolvimento do substrato fático-probatório, impossível em ação de controle vertical como a de *habeas corpus*. Não se pode dizer, ademais, se se cuida de uma associação de pessoas, sem controle geral, ou de uma organização piramidal, sem a certeza de uma sentença, após o contraditório em instrução. De resto, a imputação foi feita pelo Ministério Público e, se nem corrigenda de libelo (artigo 383, do CPP), pode o juiz fazê-lo, senão quando da prolação da sentença, a fortiori, o Tribunal.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

Retifique-se o nome do paciente a fim de constar CLEVERSON LUIZ BERTELLI.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

“HABEAS CORPUS”
0026241-98.2014.4.03.0000
(2014.03.00.026241-6)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AVARÉ - SP
Paciente: HIGINUS CHUKWUMA ONWUBIKO (réu preso)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: HC 60235
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/10/2014

DECISÃO

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada pela Defensoria Pública da União em benefício de HIGINUS CHUKWUMA ONWUBIKO, preso, sob o argumento de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo Federal da 1ª Vara de Avaré/SP.

Consta dos autos que o paciente desde o dia 23.07.2014 encontra-se preso preventivamente até que fosse efetivada sua expulsão pelo Ministro de Estado da Justiça.

Por sua vez, segundo notificação da Polícia Federal a expulsão para a Nigéria está prevista para o dia 16/10/2014, e o alegado constrangimento ilegal se consubstanciaria no inequívoco risco à sua vida e à sua saúde em função do surto do vírus EBOLA que assola aquele país.

Apesar da Defensoria Pública da União ter expedido recomendação ao Ministério da Justiça em 18.08.2014 para suspendesse a expulsão dos estrangeiros naturais do país onde há a epidemia, o órgão informou que a recomendação seria formalmente apreciada na segunda semana de setembro e que seria acatada nos casos concretos, analisando caso a caso.

Ocorre que a Polícia Federal em São Paulo expediu ofício com informação da efetiva expulsão do paciente em 16.10.2014.

Afirma que a medida é desproporcional, principalmente porque decretada na iminência da concessão do livramento condicional ao paciente, que não poderia ser prejudicado pela morosidade do Poder Público em dar cumprimento ao decreto expulsório, editado há mais de 6 (seis) anos.

No mais, alega o impetrante que o artigo 69, da Lei 6.815/80 é inaplicável, uma vez não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Alega que o artigo 69, da Lei 6.815/80 é inaplicável, uma vez não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Afirma que a medida é desproporcional, apenas para o fim de assegurar a expulsão do país, e aduz, por fim, a incompetência da autoridade que a decretou.

Pede, em sede liminar, a imediata revogação da prisão administrativa imposta ao ora paciente, e, no mérito, a concessão da ordem, tornando definitiva a liminar concedida.

Juntou os documentos de fls. 14/33.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão que visa a assegurar a efetividade do processo de expulsão de estrangeiro do Brasil se encontra em pleno vigor e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, conforme vem decidindo esta Egrégia Corte Regional, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. PRISÃO ADMINISTRATIVA. - A prisão administrativa para cumprimento de decreto de expulsão é medida que sobrevive no ordenamento jurídico pátrio, apenas saindo da esfera de atribuições do Ministério da Justiça para ingressar na competência da autoridade jurisdicional, por imposição do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Precedentes. - Necessidade da medida que se observa pelo comportamento anterior do paciente, que retornou ao país de modo irregular e cometeu novo delito. - Ordem denegada. (HC 47932 (Proc. 0038978-41.2011.4.03.0000-SP) - 2ª Turma - rel. Des. Fed. PEIXOTO JUNIOR, j. 07/02/2012, e-DJF3 Judicial 1 16/02/2012)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXPULSÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA PARA A SUA DECRETAÇÃO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO. FILHO NASCIDO NO BRASIL. CONVIVÊNCIA SÓCIO-AFETIVA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADAS. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVA, INCABÍVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE DE EXPULSÃO NA PENDÊNCIA DE PROCESSO. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão administrativa de estrangeiro submetido a processo de expulsão, prevista na Lei nº 6.815/80, é admitida mediante decisão da autoridade judiciária, e não mais da autoridade administrativa, nos termos da ordem constitucional vigente.

(...)

4. A teor do artigo 67 da Lei 6.815/80, a expulsão de estrangeiro, desde que conveniente ao interesse nacional, poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.

5. Ordem denegada

(HC 38505 (Proc. 0039990-61.2009.4.03.0000-SP) - 2ª Turma - rel. Des. Fed. HENRIQUE HERKENHOFF, j. 15/12/2009, e-DJF3 Judicial 1 14/01/2010)

HABEAS CORPUS - PRISÃO ADMINISTRATIVA PARA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO - LEI Nº 6.815/80, ARTIGOS 69 e 73 - LIBERDADE VIGIADA - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA.

I - A Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, expressamente prevendo a prisão administrativa do estrangeiro para fins de sua expulsão do país (artigo 69), a qual pode se dar “a qualquer tempo” e “por 90 (noventa) dias”, prorrogável por igual prazo, quando for submetido a processo de expulsão, destinando-se a custódia cautelar “para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida”, com a única ressalva de que a prisão somente pode ser ordenada, conforme a nova ordem constitucional, por ordem escrita e fundamentada e pela autoridade judiciária competente (Constituição Federal, artigo 5º, LXI).

II - A prisão administrativa para fins de expulsão pode ser decretada “a qualquer tempo” e “ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação” (art. 67), pelo que não há impedimento legal a que o réu tenha sua expulsão procedida após o cumprimento da pena a que foi condenado, muito menos podendo se falar em “prescrição”, que não tem previsão legal, bastando que o estrangeiro venha a “de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais” (art. 65).

III - No caso dos autos, a prisão foi decretada por autoridade judiciária competente (o juiz federal da localidade de seu domicílio, onde se encontrava preso em cumprimento da pena), mediante representação da autoridade policial em razão da instauração do inquérito destinado à expulsão do estrangeiro, em decisão fundamentada com a necessidade da custódia cautelar para assegurar a expulsão, à vista do seu estado de estrangeiro em situação irregular no país e do prazo necessário à conclusão do procedimento administrativo de expulsão, daí não se inferindo qualquer ilegalidade na prisão decretada.

IV - Quando da impetração, o prazo da prisão administrativa decretada ainda não havia se encerrado, daí não decorrendo também qualquer ilegalidade.

V - Ante a necessidade da prisão cautelar e o prazo regular da medida, inócenas as situações de concessão de liberdade vigiada do artigo 73 da Lei nº 6.815/80.

(...)

VII - Ordem denegada.

(TRF3 - HC 00375425220084030000 - 2ª Turma - rel. Juiz Fed. Conv. SOUZA RIBEIRO, e-DJF3 Judicial 2 12/02/2009)

No caso dos autos, verifica-se que a decisão que determinou a prisão da paciente, pelo prazo de 90 (noventa) dias, se encontra devidamente fundamentada no fato de que o paciente é estrangeiro sem vínculos com o nosso país, o que ensejaria a necessidade da medida extrema para a garantia da efetividade do decreto de expulsão, nos termos do artigo 69, da Lei 6.815/80 (fls. 16-vº/18-vº).

Contudo, é de se ressaltar que apesar do processo de expulsão demandar a prática inúmeras medidas administrativas, a questão em tela diz de perto com os direitos fundamentais e se reveste mesmo de caráter humanitário.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) já caracterizou a epidemia de ebola como uma emergência de saúde severa e aguda, desta sorte não se pode olvidar que é de conhecimento público a gravidade do surto desta doença em certos países da África, incluindo a Nigéria, país de origem do paciente.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre os direitos fundamentais assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no país:

Artigo 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.

Verifica-se, pois, que um dos direitos ali elencados é o *direito à vida e à segurança*, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que deles gozam também os estrangeiros não residentes que se encontrem no país por outra razão.

Apesar de a expulsão ser ato discricionário do Poder Executivo, é certo que no presente caso a medida coloca diretamente em risco a vida do paciente, uma vez que a epidemia do vírus ebola assume grandes proporções em especial no seu país.

Sendo certo que a principal preocupação refere-se à vida e saúde do paciente, de se considerar também que a medida de expulsão pode ocasionar danos à imagem do Brasil no cenário internacional, pois signatário de tratados internacionais de direitos humanos.

Verifica-se, ainda, que a prisão do paciente para fins de expulsão vence no próximo dia 21/10, não podendo ser prorrogada à míngua de previsão legal; por outro lado, tratando-se esta decisão de provimento liminar, sujeito a ulterior reforma, não é prudente conceder a liberdade ao paciente sem qualquer condicionante, sob pena de frustrar-se eventual cumprimento da medida.

ANTE O EXPOSTO, CONCEDO A LIMINAR para colocar o paciente em liberdade, suspendendo *incontinenti* a sua expulsão do país pelas autoridades administrativas, observando-se as seguintes medidas:

- 1 - Retenção do seu passaporte, lavrando-se o respectivo termo;

2 - O paciente deverá indicar o endereço em que será encontrado (hotel, pensão, casa de parente ou de amigo etc.), bem como o telefone de contato, enquanto aguarda o julgamento definitivo do feito;

3 - Caso o expulsando não indique os dados do item 2 supra, deverá comparecer semanalmente à sede da Polícia Federal em São Paulo, em dia e horário a serem determinados pela autoridade policial, a fim de informar o seu paradeiro e atividades, sob pena de desobediência.

Oficie-se com urgência a Superintendência da Policial Federal de São Paulo.

Após, requisitem-se as informações e dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Ulteriormente, tornem conclusos para julgamento.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Tributário



REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0049622-49.1993.4.03.9999
(93.03.049622-1)

Parte Autora: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Parte Ré: COOPERATIVA DE LATICÍNIOS DE BRAGANÇA PAULISTA LTDA.
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO
Classe do Processo: REO 113807
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, § 7º, II DO CPC. REMESSA OFICIAL. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE VALOR DE ALÇADA. SENTENÇA PROFERIDA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 10.352/01. IMPOSTO SOBRE A RENDA. COOPERATIVA. EXCESSO DE REMUNERAÇÃO DOS DIRIGENTES. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Novo julgamento proferido em juízo de retratação, ante a reapreciação oportunizada pela Vice-Presidência desta Corte, conforme previsto no art. 543-C, § 7º, II do CPC.

2. Em sede de recurso representativo de controvérsia, restou consolidado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a limitação do reexame necessário ao valor de alçada somente pode ser aplicada às sentenças proferidas após a entrada em vigor da Lei nº 10.352/01, diploma que introduziu o § 2º ao art. 475, do CPC (STJ, REsp 1144079/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Corte Especial, julgado em 02/03/2011, DJe 06/05/2011).

3. A cooperativa é um tipo de sociedade com forma jurídica própria, disciplinada pela Lei nº 5.764/71, constituindo-se através da associação de determinadas pessoas que se obrigam reciprocamente com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

4. A referida lei ainda dispôs sobre as operações realizadas pelas cooperativas, cujos resultados submetem-se à tributação, conforme arts. 85, 86, 88 e 111, dispondo no mesmo sentido o art. 129 do Regulamento do IR, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, vigente à época. Conclui-se, assim, que o excesso de retirada dos dirigentes da sociedade cooperativa está fora do âmbito de incidência do imposto sobre a renda.

5. Tal entendimento encontra-se em consonância com a Súmula nº 264 do extinto E. TFR e a jurisprudência do E. STJ.

6. Indevido o recolhimento a título de Imposto sobre a Renda, mostrando-se correta a procedência dos pedidos da embargante, sendo de rigor a manutenção da r. sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

7. Juízo de retratação exercido para conhecer da remessa oficial e lhe negar provimento.

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, conhecer da remessa oficial e lhe negar provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de outubro de 2014.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO (Relator):

Trata-se de remessa oficial em embargos à execução fiscal, opostos por Cooperativa de Laticínios de Bragança Paulista Ltda. com o objetivo de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária com a União Federal que a obrigue ao pagamento de Imposto de Renda sobre o excesso de remuneração de sua Diretoria e Conselho Fiscal, alegando violação do princípio da reserva legal, uma vez que inexistente lei exigindo a referida exação das sociedades cooperativas que, segundo alega, não possuem renda tributável.

Foi atribuído à causa, em março de 1992, o valor da execução, qual seja, Cr\$ 1.559.550,36 (um milhão quinhentos e cinquenta e nove mil quinhentos e cinquenta cruzeiros e trinta e seis centavos), correspondente hoje ao montante de R\$ 24.277,88 (vinte e quatro mil duzentos e setenta e sete reais e oitenta e oito centavos), segundo planilha de atualização disponível na *intranet* deste Tribunal.

O r. Juízo *a quo* julgou procedentes os embargos, condenando a embargada ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da execução. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Sem a interposição de recursos voluntários, subiram os autos a este E. Tribunal.

Em 28 de junho de 2007, foi proferida decisão de minha relatoria, negando seguimento à remessa oficial, com fulcro no art. 557, *caput* c/c art. 475, § 2º, ambos do CPC, tendo em vista que o valor atribuído à causa era inferior a 60 (sessenta) salários mínimos.

Desta decisão a União Federal interpôs agravo legal, alegando não ser aplicável no caso em comento o art. 475, § 2º do CPC, pois no momento da prolação da sentença estava em vigor a antiga redação do art. 475 do CPC, ao qual negado provimento por decisão desta C. Sexta Turma.

Interpôs recurso especial a União Federal, com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição da República, em face do referido acórdão, alegando que o *decisum* negou vigência ao art. 475 do Código de Processo Civil, com a redação anterior à Lei nº 10.352/01, bem como aos arts. 2º e 6º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), porquanto não conheceu da remessa oficial, por entender descabido o reexame necessário nas ações em que a condenação não excede o montante de 60 (sessenta) salários mínimos.

Por estar o v. acórdão em dissonância com o entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça, a reapreciação foi oportunizada pelo Exmo. Vice-Presidente desta Corte, conforme previsto no art. 543-C, § 7º, II do CPC.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, VIII do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO (Relator):

Passo a proferir novo julgamento, em juízo de retratação, ante a reapreciação oportunizada pela Vice-Presidência desta Corte, conforme previsto no art. 543-C, § 7º, II do CPC, do acórdão proferido por esta C. Sexta Turma.

Em sede de recurso representativo de controvérsia, restou consolidado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a limitação do reexame necessário ao valor de alçada somente pode ser aplicada às sentenças proferidas após a entrada em vigor da Lei nº 10.352/01, diploma que introduziu o § 2º ao art. 475 do CPC. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. SENTENÇA DESFAVORÁVEL À FAZENDA PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA. CABIMENTO. LEI 10.352/01 POSTERIOR À DECISÃO DO JUÍZO MONOCRÁTICO. 1. A incidência do duplo grau de jurisdição obrigatório é imperiosa quando a resolução do processo cognitivo for anterior à reforma engendrada pela Lei 10.352/2001, porquanto, à época, não havia a imposição do mencionado valor de alçada a limitar o cabimento da remessa oficial. (Precedentes: REsp 600.874/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 04/09/2006; REsp 714.665/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009; REsp 1092058/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 01/06/2009; REsp 756.417/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2007, DJ 22/10/2007; AgRg no REsp 930.248/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 10/09/2007; REsp 625.224/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/11/2007, DJ 17/12/2007; REsp 703.726/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007) 2. A adoção do princípio *tempus regit actum*, pelo art. 1.211 do CPC, impõe o respeito aos atos praticados sob o pálio da lei revogada, bem como aos efeitos desses atos, impossibilitando a retroação da lei nova. Sob esse enfoque, a lei em vigor à data da sentença regula os recursos cabíveis contra o ato decisório e, a fortiori, a sua submissão ao duplo grau obrigatório de jurisdição. 3. *In casu*, a sentença foi proferida em 19/11/1990, anteriormente, portanto, à edição da Lei 10.352/2001. 4. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para apreciação da remessa oficial. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, REsp nº 1.144.079/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, j. 02/03/2011, DJe 06/05/2011)

A sentença foi proferida em 08 de fevereiro de 1993, razão pela qual conheço da remessa oficial.

Passo à análise do mérito.

A remessa oficial não merece prosperar.

Consoante a lição de Waldírio Bulgarelli, a cooperativa é um tipo de sociedade com forma jurídica própria, e tendo em vista essa forma distinta é que deve ser considerada juridicamente.

(*Regime Jurídico das Sociedades Cooperativas*. São Paulo: Pioneira Editora, 1965)

Essa modalidade de sociedade é disciplinada pela Lei nº 5.764/71, constituindo-se através da associação de determinadas pessoas que se obrigam reciprocamente com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, *de proveito comum, sem objetivo de lucro*. Reveste-se de natureza civil e pessoal, não se sujeitando à falência, características que a distinguem das demais sociedades.

A referida lei ainda dispôs sobre as operações realizadas pelas cooperativas, cujos resultados submetem-se à tributação, conforme arts. 85, 86, 88 e 111, nesses termos:

Art. 85. As cooperativas agropecuárias e de pesca poderão adquirir produtos de não associados, agricultores, pecuaristas ou pescadores, para completar lotes destinados ao cumprimento de contratos ou suprir capacidade ociosa de instalações industriais das cooperativas que as possuem.

Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

(...)

Art. 88. Mediante prévia e expressa autorização concedida pelo respectivo órgão executivo federal, consoante as normas e limites instituídos pelo Conselho Nacional de Cooperativismo, poderão as cooperativas participar de sociedades não cooperativas públicas ou privadas, em caráter excepcional, para atendimento de objetivos acessórios ou complementares.

(...)

Art. 111. Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta Lei.

Por sua vez, o Decreto nº 85.450, de 04/12/1980, que aprovou o Regulamento do Imposto sobre a Renda, vigente à época, fixou em seu art. 129, que *as sociedades cooperativas, que obedecerem ao disposto na legislação específica, pagarão o imposto calculado unicamente sobre os resultados positivos das operações ou atividades* indicadas nos arts 85, 86 e 88, obedecido o disposto no art. 111 da Lei nº 5.764/71.

Conclui-se, assim, que o excesso de retirada dos dirigentes da sociedade cooperativa está fora do âmbito de incidência do referido tributo. Inaplicáveis ao caso vertente as disposições dos arts. 196, 236 e 387, I do Regulamento do IR, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80.

Tal entendimento encontra-se sumulado pelo extinto E. Tribunal Federal de Recursos, conforme Enunciado nº 264, assim expresso:

Cooperativas - Tributação do Imposto de Renda - Excesso de Retirada de Seus Dirigentes.
As cooperativas não estão sujeitas à tributação do Imposto de Renda por excesso de retirada de seus dirigentes.

Também nesse sentido a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SOCIEDADES COOPERATIVAS. EXCESSO DE RETIRADA DE DIRIGENTES.

1. "A jurisprudência torrencial deste Sodalício, no âmbito das duas Turmas da Seção de Direito Público, é uníssona ao prestigiar os termos da Súmula n. 264 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Dessarte, é de reconhecer que as cooperativas não se sujeitam à tributação do imposto de renda por excesso de retirada de seus dirigentes. Iterativos precedentes" (REsp

139154/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 04.10.04). Súmula 83/STJ.

2. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp nº 125.462/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 14/06/2005, DJ 15/08/2005, p. 224)

Dessa forma, indevido o recolhimento a título de Imposto sobre a Renda, mostrando-se correta a procedência dos pedidos da embargante, sendo de rigor a manutenção da r. sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em face de todo o exposto, *em juízo de retratação, conheço da remessa oficial e lhe nego provimento.*

É como voto.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0028594-62.2005.4.03.6100
(2005.61.00.028594-7)

Apelante: TI BRASIL IND. E COM. LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AMS 317675
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2014

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. LEIS 9.430/1996 E 9.959/2000. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 243/2002. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO DE PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO - PRL 60. PREÇO PARÂMETRO. VALOR AGREGADO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO E IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA. LEGALIDADE. AGRAVO RETIDO. FALTA DE REITERAÇÃO.

1. Não se conhece do agravo retido, não reiterado na forma do artigo 523, CPC.

2. A IN 243/2002 foi editada na vigência da Lei 9.959/2000, que alterou a redação da Lei 9.430/1996, para distinguir a hipótese de revenda do próprio direito ou bem, tratada no item 2, da hipótese de revenda de direito ou bem com valor agregado em razão de processo produtivo realizado no país, tratada no item 1, ambos da alínea *d* do inciso II do artigo 18 da lei.

3. O cálculo do preço de transferência, pelo Método de Preço de Revenda menos Lucro - PRL, no caso de direitos, bens ou serviços, oriundos do exterior e adquiridos de pessoa jurídica vinculada, passou, na vigência da Lei 9.959/2000, a considerar a margem de lucro de 60% "sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção" (artigo 18, II, "d", 1).

4. A adoção, na técnica legal, do critério do valor agregado objetivou conferir adequada eficácia ao modelo de controle de preços de transferência, em cumprimento às obrigações assumidas pelo Brasil na Convenção Modelo da OCDE, evitando distorções e, particularmente, redução da carga fiscal diante da insuficiência das normas originariamente contidas na Lei 9.430/1996 e refletidas na IN/SRF 32/2001.

5. Com efeito, o cálculo do preço de transferência a partir da margem de lucro sobre o preço de revenda é eficaz, no atingimento da finalidade legal e convencional, quando se trate de importação de bens, direitos ou serviços finais para revenda interna, não, porém, no caso de importação de matérias-primas, insumos, bens, serviços ou direitos que não são objeto de revenda direta, mas são incorporados em processo produtivo de industrialização, resultando em distintos bens, direitos ou serviços, agregando valor ao produto final, com participações variáveis na formação do preço de revenda, que devem ser apuradas para que seja alcançado corretamente o preço de transferência, de que trata a legislação federal.

6. Assim, a IN 243/2002, ao tratar, nos §§ 10 e 11 do artigo 12, do Método do Preço

de Revenda Menos Lucro -, para bens, serviços ou direitos importados aplicados à produção, com exclusão do valor agregado e da margem de lucro de 60%, para tanto com a apuração da participação de tais bens, serviços ou direitos no custo e preço de revenda do produto final industrializado no país, não inovou nem violou o artigo 18, II, d, item 1, da Lei 9.430/1996 com a redação dada pela Lei 9.959/2000.

7. Contrariamente ao postulado na inicial, o que se verificou foi a necessária e adequada explicitação, pela instrução normativa impugnada, do conteúdo legal para permitir a sua aplicação, considerando que o conceito legal de valor agregado, conducente ao conceito normativo de preço parâmetro, leva à necessidade de apurar a sua formação por decomposição dos respectivos fatores, abrangendo bens, serviços e direitos importados, sujeitos à análise do valor da respectiva participação proporcional ou ponderada no preço final do produto.

8. O artigo 18, II, da Lei 9.430/1996, alterada pela Lei 9.959/2000, prevê que o preço de transferência, no caso de bens e direitos importados para a aplicação no processo produtivo, calculado pelo método de preço de revenda menos lucros - PRL - 60, é a média aritmética dos preços de revenda de bens ou direitos, apurada mediante a exclusão dos descontos incondicionados, tributos, comissões, corretagens e margem de lucro de 60%, esta calculada sobre o preço de revenda depois de deduzidos os custos de produção citados e ainda o valor agregado calculado a partir do valor de participação proporcional de cada bem, serviço ou direito importado na formação do preço final, conforme previsto em lei e detalhado na instrução normativa.

9. O preço de transferência, assim apurado e não de outra forma como pretendido neste feito, é que pode ser deduzido na determinação do lucro real para efeito de cálculo do IRPJ/CSL. Há que se considerar, assim, a ponderação ou participação dos bens, serviços ou direitos, importados da empresa vinculada, no preço final do produto acabado, conforme planilha de custos de produção, mas sem deixar de considerar os preços livres do mercado concorrencial, ou seja os praticados para produtos idênticos ou similares entre empresas independentes. A aplicação do método de cálculo com base no valor do bem, serviço ou direito em si, sujeito à livre fixação de preço entre as partes vinculadas, geraria distorção no valor agregado, majorando indevidamente o custo de produção a ser deduzido na determinação do lucro real e, portanto, reduzindo ilegalmente a base de cálculo do IRPJ/CSL.

10. Para dar eficácia ao método de cálculo do preço de revenda menos lucro, previsto na Lei 9.430/1996 alterada pela Lei 9.959/2000, é que foi editada a IN/SRF 243/2002, em substituição à IN/SRF 32/2001, não se tratando, pois, de ato normativo inovador ou ilegal, mas de explicitação de regras concretas para a execução do conteúdo normativo abstrato e genérico da lei, prejudicando, pois, a alegação de violação ao princípio da legalidade.

11. Precedentes.

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, não conhecer do agravo retido e, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de outubro de 2014.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança preventivo, impetrado em 12 de dezembro de 2005, contra ato do Delegado da Receita Federal em São Paulo - Delegacia Especial de Assuntos Internacionais -, com pedido de liminar *inaudita altera pars* objetivando seja determinada a imediata suspensão da exigibilidade de suposto crédito tributário a título de IRPJ e de CSLL, resultante da diferença de cálculo do preço parâmetro de bens importados de empresas vinculadas estrangeiras, pela impetrante, e aplicados na produção local de bens pelo método do Preço de Revenda menos Lucro de 60% (PRL-60), previsto no art. 18 da Lei nº 9.430/96, e no art. 12, § 11, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal - IN/SRF nº 243/02, em relação aos anos-calendário de 2003/2004 e seguintes, sendo ao final concedida, em definitivo, a segurança pleiteada. Atribuído à causa o valor de R\$ 4.384.296,00 quando da propositura da ação.

A impetrante aduziu, em síntese, que importa de empresas vinculadas estrangeiras, componentes para serem utilizados como insumos em sua própria linha de produção, ou ainda para simples revenda, estando sujeita às regras de preço de transferência previstas na Lei nº 9.430/96 para o controle dos preços praticados em tais operações, sendo o método de Preço de Revenda menos Lucro (PRL) por ela eleito (art. 18, *caput* e § 4º da referida lei).

Argumentou que a IN/SRF nº 32/01 nada mais fez do que regulamentar a fórmula veiculada na Lei nº 9.430/96, sem lhe alterar a substância. Contudo, em 11/2/2002, revogando a aludida instrução normativa, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa - IN/SRF nº 243/02, introduzindo a interpretação de que o preço líquido de revenda para efeito de aplicação da margem de 60% não mais seria o preço do produto final vendido, mas, sim, o preço de revenda das partes e peças importadas agregadas ao produto final, promovendo a majoração de ajustes na base de cálculo do IRPJ e da CSLL que não ocorreriam se a referida lei ou a anterior instrução normativa (IN/SRF nº 32/01) fossem aplicadas.

Alegou, em síntese, que a impugnada IN/SRF nº 243/02 padece de ilegalidade, extrapolando os termos da lei, além de violação ao princípio da isonomia e a tratados que visam evitar a dupla tributação, firmados pelo Brasil com outros países (Japão, França, Espanha, Bélgica e Alemanha), de onde a impetrante venha a importar de suas empresas vinculadas.

O pedido de liminar restou deferido para suspender a exigibilidade dos créditos decorrentes da aplicação da Lei nº 9.430/96, sem a Instrução Normativa nº 243/02, mas sua antecessora, a IN nº 32/01, até o final da demanda (fls. 82/83).

Da aludida decisão, a União interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, o qual foi convertido em retido (autos em apenso).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido e denegou a segurança pleiteada, extinguindo o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil, bem como cassou a liminar concedida. Sem honorários advocatícios, nos termos da Súmula nº 512 do C. STF (fls. 141/145-vº).

Interpostos embargos de declaração pela apelante, o recurso foi parcialmente acolhido

apenas para sanar erro material em relação à transposição do texto da Instrução Normativa nº 32/01, mantendo o teor da sentença em todos os demais termos (fls. 162/163).

Por sua vez, a impetrante interpôs recurso de apelação, nos termos aduzidos na inicial, requerendo a reforma total da sentença para que seja concedida a segurança pleiteada (fls. 168/189).

Regularmente processado o recurso, e recebido apenas no efeito devolutivo, com contrarrazões da União (fls. 195/198), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da baixa dos autos à Vara de origem para vista ao *Parquet*, em primeiro grau, o qual restou ciente (fl. 264-vº) e, quanto ao mérito, opinou pelo prosseguimento do feito (fls. 200/210).

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Inicialmente, não conheço do agravo retido nos autos porquanto ausente o requerimento expresso para sua apreciação, nos termos do art. 523, *caput*, e § 1º, do Código de Processo Civil.

Passo à apreciação do recurso de apelação.

A ação mandamental em exame tem por escopo o afastamento do disposto no art. 12, § 11, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal - IN/SRF nº 243/02, ao argumento de ilegalidade no tocante ao cálculo do preço parâmetro dos bens importados pela impetrante de empresas vinculadas estrangeiras, e aplicados na produção local de bens pelo método do Preço de Revenda menos Lucro de 60% (PRL-60), tal como previsto no comando legal do art. 18 da Lei nº 9.430/96.

A matéria em discussão diz respeito aos Preços de Transferência relativos a bens, serviços e direitos adquiridos no exterior, por pessoas jurídicas vinculadas, e encontra-se prevista na Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que assim dispunha na redação original de seu art. 18, no que alude ao método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), eleito pela impetrante em suas transações comerciais:

Art. 18 - Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos:

(...)

II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: *definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:*

- a) dos descontos incondicionais concedidos;
- b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
- c) das comissões e corretagens pagas;
- d) de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda.

(...)

Posteriormente, a Lei nº 9.959/00 promoveu alteração na redação da alínea “d”, do inciso II, do referido artigo, estabelecendo em seu art. 2º o seguinte:

Art. 2º - A alínea “d” do inciso II, do art. 18, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

(d) da margem de lucro de:

1. *Sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda* após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção; (grifos meus)

(...)

Por sua vez, a invocada Instrução Normativa - IN SRF nº 32/2001, que veio a regulamentar o referido diploma legal, prescrevia em seu art. 12 que:

Art. 12 - A determinação do custo de bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, dedutível da determinação do lucro real, poderá, também, ser efetuada pelo método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

I - dos descontos incondicionais concedidos;

II - dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;

III - das comissões e corretagens pagas;

IV - de margem de lucro de:

a) vinte por cento, na hipótese de revenda de bens;

b) sessenta por cento, na hipótese de bens importados aplicados na produção.

§ 1º Os preços de revenda, a serem considerados, serão os praticados pela própria empresa importadora, em operações de venda a varejo e no atacado, com compradores, pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam a ela vinculados.

§ 2º Os preços médios de aquisição e revenda serão ponderados em função das quantidades negociadas.

§ 3º Na determinação da média ponderada dos preços, serão computados os valores e as quantidades relativos aos estoques existentes no início do período de apuração.

§ 4º Para efeito desse método, a média aritmética ponderada do preço será determinada computando-se as operações de revenda praticadas desde a data da aquisição até a data do encerramento do período de apuração.

§ 5º Se as operações consideradas para determinação do preço médio contiverem vendas à vista e a prazo, os preços relativos a estas últimas deverão ser escoimados dos juros neles incluídos, calculados à taxa praticada pela própria empresa, quando comprovada a sua aplicação em todas as vendas a prazo, durante o prazo concedido para o pagamento.

§ 6º Na hipótese do parágrafo anterior, não sendo comprovada a aplicação consistente de uma taxa, o ajuste será efetuado com base na taxa:

I - referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), para títulos federais, proporcionalizada para o intervalo, quando comprador e vendedor forem domiciliados no Brasil;

II - Libor, para depósitos em dólares americanos pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizada para o intervalo, quando uma das partes for domiciliada no exterior.

§ 7º Para efeito deste artigo, serão considerados como:

I - incondicionais, os descontos concedidos que não dependam de eventos futuros, ou seja, os que forem concedidos no ato de cada revenda e constar da respectiva nota fiscal;

II - impostos, contribuições e outros encargos cobrados pelo Poder Público, incidentes sobre vendas, aqueles integrantes do preço, tais como ICMS, ISS, Pis/Pasep e Cofins;

III - comissões e corretagens, os valores pagos e os que constituírem obrigação de pagar, a esse título, relativamente às vendas dos bens, serviços ou direitos objeto de análise.

§ 8º A margem de lucro a que se refere o inciso IV, alínea “a” do *caput* será aplicada sobre o preço de revenda, constante da nota fiscal, excluídos, exclusivamente, os descontos incondi-

cionais concedidos.

§ 9º O método do Preço de Revenda menos Lucro mediante a utilização da margem de lucro de vinte por cento somente será aplicado nas hipóteses em que não haja agregação de valor no País ao custo dos bens, serviços ou direitos importados, configurando, assim, simples processo de revenda dos mesmos bens, serviços ou direitos importados.

§ 10. O método de que trata a alínea “b” do inciso IV do *caput* será utilizado na hipótese de bens aplicados à produção.

§ 11. Na hipótese do parágrafo anterior, o preço a ser utilizado como parâmetro de comparação será a diferença entre o preço líquido de venda e a margem de lucro de sessenta por cento, considerando-se, para este fim:

I - preço líquido de venda, a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

II - *margem de lucro, o resultado da aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a média aritmética dos preços de venda do bem produzido*, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas, das comissões e corretagens pagas e do valor agregado ao bem produzido no País (grifos meus).

(...)

Por seu turno, a impugnada Instrução Normativa SRF nº 243/2002, revogando a IN/ SRF nº 32/01, assentou em seu art. 12:

Art. 12. A determinação do custo de bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, dedutível da determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá, também, ser efetuada pelo *método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL)*, definido como a *média aritmética ponderada dos preços de revenda dos bens, serviços ou direitos*, diminuídos:

I - dos descontos incondicionais concedidos;

II - dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;

III - das comissões e corretagens pagas;

IV - de margem de lucro de:

a) vinte por cento, na hipótese de revenda de bens, serviços ou direitos;

b) sessenta por cento, na hipótese de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção.

§ 1º Os preços de revenda, a serem considerados, serão os praticados pela própria empresa importadora, em operações de venda a varejo e no atacado, com compradores, pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam a ela vinculados.

§ 2º Os preços médios de aquisição e revenda serão ponderados em função das quantidades negociadas.

§ 3º Na determinação da média ponderada dos preços, serão computados os valores e as quantidades relativos aos estoques existentes no início do período de apuração.

§ 4º Para efeito desse método, a média aritmética ponderada do preço será determinada computando-se as operações de revenda praticadas desde a data da aquisição até a data do encerramento do período de apuração.

§ 5º Se as operações consideradas para determinação do preço médio contiverem vendas à vista e a prazo, os preços relativos a estas últimas deverão ser escoimados dos juros neles incluídos, calculados à taxa praticada pela própria empresa, quando comprovada a sua aplicação em todas as vendas a prazo, durante o prazo concedido para o pagamento.

§ 6º Na hipótese do § 5º, não sendo comprovada a aplicação consistente de uma taxa, o ajuste será efetuado com base na taxa:

I - referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), para títulos federais, proporcionalizada para o intervalo, quando comprador e vendedor forem domiciliados no Brasil;

II - Libor, para depósitos em dólares americanos pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizada para o intervalo, quando uma das partes for domiciliada no exterior.

§ 7º Para efeito deste artigo, serão considerados como:

I - incondicionais, os descontos concedidos que não dependam de eventos futuros, ou seja, os que forem concedidos no ato de cada revenda e constar da respectiva nota fiscal;

II - impostos, contribuições e outros encargos cobrados pelo Poder Público, incidentes sobre vendas, aqueles integrantes do preço, tais como ICMS, ISS, PIS/Pasep e Cofins;

III - comissões e corretagens, os valores pagos e os que constituírem obrigação a pagar, a esse título, relativamente às vendas dos bens, serviços ou direitos objeto de análise.

§ 8º A margem de lucro a que se refere a alínea “a” do inciso IV do *caput* será aplicada sobre o preço de revenda, constante da nota fiscal, excluídos, exclusivamente, os descontos incondicionais concedidos.

§ 9º O método do Preço de Revenda menos Lucro mediante a utilização da margem de lucro de vinte por cento somente será aplicado nas hipóteses em que, no País, não haja agregação de valor ao custo dos bens, serviços ou direitos importados, configurando, assim, simples processo de revenda dos mesmos bens, serviços ou direitos importados.

§ 10. O método de que trata a alínea “b” do inciso IV do *caput* será utilizado na hipótese de bens, serviços ou direitos importados aplicados à produção.

§ 11. Na hipótese do § 10, *o preço parâmetro dos bens, serviços ou direitos importados será apurado excluindo-se o valor agregado no País e a margem de lucro de sessenta por cento, conforme metodologia a seguir:*

I - preço líquido de venda: a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

II - *percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido: a relação percentual entre o valor do bem, serviço ou direito importado e o custo total do bem produzido, calculada em conformidade com a planilha de custos da empresa;*

III - *participação dos bens, serviços ou direitos importados no preço de venda do bem produzido: a aplicação do percentual de participação do bem, serviço ou direito importado no custo total, apurado conforme o inciso II, sobre o preço líquido de venda calculado de acordo com o inciso I;*

IV - *margem de lucro: a aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a “participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido”, calculado de acordo com o inciso III;*

V - *preço parâmetro: a diferença entre o valor da “participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido”, calculado conforme o inciso III, e a margem de lucro de sessenta por cento, calculada de acordo com o inciso IV (grifos meus).*
(..)

No caso em exame, a impetrante pugna pela não aplicação dos dispositivos estabelecidos na IN/SRF nº 243/02, alegando que a mesma alterou indevidamente a sistemática de cálculo prevista na Lei nº 9.430/96 para fins de apuração do preço parâmetro de insumos importados, calculado pelo método de Preço de Revenda menos Lucro de 60% (PRL-60), causando majoração na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, não prevista na Lei de referência.

Desse modo, a contribuinte pretende apurar a base de cálculo dos aludidos tributos, em suas demonstrações financeiras relativas aos anos-calendário de 2003/2004 e seguintes, pelos critérios dispostos na instrução normativa anterior, qual seja, na IN/SRF nº 32/2001, e não com base nos critérios estabelecidos no art. 12, § 11, da IN/SRF nº 243/2002, que reputa

ofensivos às disposições contidas no art. 18 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 9.959/00.

Assiste razão ao inconformismo da recorrente.

Verifica-se, no caso dos autos, que IN/SRF nº 243/2002, em seu artigo 12, § 11, está a tratar de tema não abrangido pela legislação sobre a qual se fundou - ao estabelecer nova metodologia de cálculo para o PRL -, ultrapassando o alcance que lhe emprestou o legislador, em confronto com a sistemática prevista no comando legal a que está subordinada.

Com efeito, a Lei nº 9.430/1996, no art. 18, estabelece que o método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL) consiste na média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, considerados os descontos legais previstos no inc. II do mesmo artigo e, em relação à margem de lucro, prevê a incidência de sessenta por cento, calculada sobre o “preço de revenda”, após deduzidos os valores previstos no referido artigo, ao passo que o disposto no art. 12, da Instrução Normativa nº 243/2002, ao dispor sobre o cálculo do PRL, alude à média aritmética “ponderada” dos preços de revenda dos bens, serviços ou direitos, diminuídos dos descontos legalmente previstos (...) e de: b) sessenta por cento sobre a “participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido” (...), a teor do que se depreende do § 11, inc. IV, do mesmo dispositivo normativo.

Outrossim, a IN/SRF nº 243/2002 trouxe, no § 11, inc. V, de seu art. 12, o conceito do “preço parâmetro”, entendendo-se esse como a diferença entre o valor da “participação” do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido, calculado conforme o inciso III, e a margem de lucro de sessenta por cento, calculada de acordo com o inciso IV, metodologia essa não prevista na lei de regência (Lei nº 9.430/96).

Ademais, a previsão de incidência da margem de lucro de 60%, que nos moldes preconizados no art. 18 da Lei nº 9.430/96, recaía sobre o “preço de revenda” (após as deduções legalmente previstas), na hipótese de bens importados aplicados à produção, com o advento da IN/SRF nº 243/2002, a incidência da margem de lucro de 60% passou a dar-se sobre a “participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido” (art. 12, § 11, inc. IV), corroborando a assertiva de que a norma infralegal exorbitou de sua função meramente regulamentar, inaugurando nova metodologia para o cálculo do Preço de Revenda menos Lucro (PRL).

Observa-se, à vista do disposto no § 11, do art. 12 da IN/SRF nº 243/2002, que o mesmo não refletiu fielmente a exegese do preceito legal veiculado no comando do art. 18, inc. II, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 9.959/00), por ela regulamentado, extrapolando a função meramente regulamentar ao estabelecer alterações na sistemática de cálculo do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), não previstas na lei de regência, conforme se observa da dicção do texto legal supracitado, o que, por si só, bastaria para afastar a aplicação do referido comando normativo independentemente de sua utilização vir a ensejar, conforme demonstrado, na ampliação indevida da base de cálculo da CSLL e do IRPJ, em flagrante violação ao princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II da Constituição da Federal, e terminando, por conseguinte, em confrontar o único veículo legal a fazer válida a exigência de um tributo: a lei!

Desse modo, conforme restou demonstrado nos autos, o impugnado diploma normativo não se coaduna com o mundo legal, não podendo surtir efeitos na esfera fática, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, devendo, portanto, ser afastada a aplicabilidade da IN/SRF nº 243/2002 para fins de cálculo do PRL-60.

Na esteira desse entendimento, trago à colação julgado desta Corte:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTAÇÃO EM TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS VINCULADAS. METODOLOGIA DO PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO - PRL. IN Nº 243/2002. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. - Tratando-se de transações internacionais entre pessoas jurídicas vinculadas, a tributação dá-se através do conceito “preço de transferência”, sob a metodologia, no caso da impetrante, do “Preço de Revenda menos Lucro” (art. 18 da Lei nº 9.430/1996). - À guisa de complementar a disposição legal regente do assunto, sobrevieram instruções normativas da Secretaria da Receita Federal, incluindo a de nº 243/2002, que extrapolou o poder regulamentar que lhe é imanente, daí se avistando ofensa ao princípio da reserva da lei formal. - Necessidade de se garantir à impetrante a utilização dos critérios de apuração do preço de transferência pelo método PRL, conforme art. 18 da Lei nº 9.430/1996, afastadas as alterações trazidas pela IN nº 243/2002. -Recurso provido. (AMS 316016/SP; Relator para o acórdão: Desembargador Federal MÁRCIO MORAES; Terceira Turma; v.m.; DJ: 19/8/2010; D.E. de14/9/2010).

Isto posto, não conheço do agravo retido e dou provimento à apelação para afastar a aplicação da IN/SRF nº 243/2002.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator para o Acórdão):

Senhores Desembargadores, o presente feito discute o direito de apurar o preço de transferência, na hipótese de que trata o artigo 18, II, da Lei 9.430/1996, sem aplicação dos critérios do artigo 12, § 11, da IN/SRF 243/2002, para efeito de determinar a base de cálculo da CSL e do IRPJ.

O relator concluiu pela ilegalidade da IN/SRF 243/2002, alegando, em síntese, que:

Observa-se, à vista do disposto no § 11, do art. 12 da IN/SRF nº 243/2002, que o mesmo não refletiu fielmente a exegese do preceito legal veiculado no comando do art. 18, inc. II, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 9.959/00), por ela regulamentado, extrapolando a função meramente regulamentar ao estabelecer alterações na sistemática de cálculo do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), não previstas na lei de regência, conforme se observa da dicção do texto legal supracitado, o que, por si só, bastaria para afastar a aplicação do referido comando normativo independentemente de sua utilização vir a ensejar, conforme demonstrado, na ampliação indevida da base de cálculo da CSL e do IRPJ, em flagrante violação ao princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II da Constituição da Federal, e terminando, por conseguinte, em confrontar o único veículo legal a fazer válida a exigência de um tributo: a lei! (f. 274).

Pedi vista dos autos para melhor exame.

Inicialmente, cumpre transcrever a redação original do artigo 18 da Lei 9.430/1996:

Art. 18. Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos:

(...)

II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

- a) dos descontos incondicionais concedidos;
- b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
- c) das comissões e corretagens pagas;
- d) *de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda;*

(...)

§ 1º As médias aritméticas dos preços de que tratam os incisos I e II e o custo médio de produção de que trata o inciso III serão calculados considerando os preços praticados e os custos incorridos durante todo o período de apuração da base de cálculo do imposto de renda a que se referirem os custos, despesas ou encargos.

(...)

§ 3º Para efeito do disposto no inciso II, somente serão considerados os preços praticados pela empresa com compradores não vinculados.

Na sequência, a MP 2.013-4, de 30/12/1999, convertida na Lei 9.959, de 27/01/2000, alterou a alínea “d” do inciso II, do referido artigo, *verbis*:

d) *da margem de lucro de:*

- 1. *sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;*
- 2. *vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses.*

Com o fim de regulamentar a Lei 9.430/1996, a Receita Federal do Brasil editou a IN 32/2001, de 30/03/2001, a qual manteve a sistemática prevista na referida lei para a apuração do preço parâmetro de bens importados, através do Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL60.

O artigo 12 da IN/SRF 32/2001 possuía a seguinte redação:

Art. 12. A determinação do custo de bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, dedutível da determinação do lucro real, poderá, também, ser efetuada pelo método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

- I - dos descontos incondicionais concedidos;
- II - dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
- III - das comissões e corretagens pagas;
- IV - de margem de lucro de:
 - a) vinte por cento, na hipótese de revenda de bens;
 - b) *sessenta por cento, na hipótese de bens importados aplicados na produção.*

(...)

§ 10. O método de que trata a alínea “b” do inciso IV do *caput* será utilizado na hipótese de bens aplicados à produção.

§ 11. Na hipótese do parágrafo anterior, o preço a ser utilizado como parâmetro de comparação será a diferença entre o preço líquido de venda e a margem de lucro de sessenta por cento, considerando-se, para este fim:

- I - preço líquido de venda, a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

II - margem de lucro, o resultado da aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas, das comissões e corretagens pagas e do valor agregado ao bem produzido no País.

Posteriormente, a Receita Federal editou a IN 243, de 11/11/2002, sendo pertinente a transcrição do artigo 12:

Art. 12. A determinação do custo de bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, dedutível da determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá, também, ser efetuada pelo método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), definido como a média aritmética ponderada dos preços de revenda dos bens, serviços ou direitos, diminuídos:

I - dos descontos incondicionais concedidos;

II - dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;

III - das comissões e corretagens pagas;

IV - de margem de lucro de:

a) vinte por cento, na hipótese de revenda de bens, serviços ou direitos;

b) sessenta por cento, na hipótese de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção.

(...)

§ 10. O método de que trata a alínea “b” do inciso IV do *caput* será utilizado na hipótese de bens, serviços ou direitos importados aplicados à produção.

§ 11. *Na hipótese do § 10, o preço parâmetro dos bens, serviços ou direitos importados será apurado excluindo-se o valor agregado no País e a margem de lucro de sessenta por cento, conforme metodologia a seguir:*

I - preço líquido de venda: a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

II - percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido: a relação percentual entre o valor do bem, serviço ou direito importado e o custo total do bem produzido, calculada em conformidade com a planilha de custos da empresa;

III - *participação dos bens, serviços ou direitos importados no preço de venda do bem produzido*: a aplicação do percentual de participação do bem, serviço ou direito importado no custo total, apurado conforme o inciso II, sobre o preço líquido de venda calculado de acordo com o inciso I;

IV - margem de lucro: a aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a “participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido”, calculado de acordo com o inciso III;

V - preço parâmetro: a diferença entre o valor da “participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido”, calculado conforme o inciso III, e a margem de lucro de sessenta por cento, calculada de acordo com o inciso IV.

Como se observa, a IN 243/2002 foi editada na vigência da Lei 9.959/2000, que alterou a redação da Lei 9.430/1996, para distinguir a hipótese de revenda do próprio direito ou bem, tratada no item 2, da hipótese de revenda de direito ou bem com valor agregado em razão de processo produtivo realizado no país, tratada no item 1, ambos da alínea *d* do inciso II do artigo 18 da lei.

O cálculo do preço de transferência, pelo Método de Preço de Revenda menos Lucro - PRL, no caso de direitos, bens ou serviços, oriundos do exterior e adquiridos de pessoa jurídica vinculada, passou, na vigência da Lei 9.959/2000, a considerar a margem de lucro de 60%

“sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção” (artigo 18, II, “d”, 1).

A adoção, na técnica legal, do critério do valor agregado objetivou conferir adequada eficácia ao modelo de controle de preços de transferência, em cumprimento às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil na Convenção Modelo da OCDE, evitando distorções e, particularmente, redução da carga fiscal diante da insuficiência das normas originariamente contidas na Lei 9.430/1996 e refletidas na IN/SRF 32/2001.

Com efeito, o cálculo do preço de transferência a partir da margem de lucro sobre o preço de revenda é eficaz, no atingimento da finalidade legal e convencional, quando se trate de importação de bens, direitos ou serviços finais para revenda interna, não, porém, no caso de importação de matérias-primas, insumos, bens, serviços ou direitos que não são objeto de revenda direta, mas são incorporados em processo produtivo de industrialização, resultando em distintos bens, direitos ou serviços, agregando valor ao produto final, com participações variáveis na formação do preço de revenda, que devem ser apuradas para que seja alcançado corretamente o preço de transferência, de que trata a legislação federal.

Assim, a IN 243/2002, ao tratar, nos §§ 10 e 11 do artigo 12, do Método do Preço de Revenda Menos Lucro -, para bens, serviços ou direitos importados aplicados à produção, com exclusão do valor agregado e da margem de lucro de 60%, para tanto com a apuração da participação de tais bens, serviços ou direitos no custo e preço de revenda do produto final industrializado no país, não inovou nem violou o artigo 18, II, *d*, item 1, da Lei 9.430/1996 com a redação dada pela Lei 9.959/2000.

Antes e contrariamente ao postulado na inicial, o que se verificou foi a necessária e adequada explicitação, pela instrução normativa impugnada, do conteúdo legal para permitir a sua aplicação, considerando que o conceito legal de valor agregado, conducente ao conceito normativo de preço parâmetro, leva à necessidade de apurar a sua formação por decomposição dos respectivos fatores, abrangendo bens, serviços e direitos importados, sujeitos à análise do valor da respectiva participação proporcional ou ponderada no preço final do produto.

O artigo 18, II, da Lei 9.430/1996, alterada pela Lei 9.959/2000, prevê que o preço de transferência, no caso de bens e direitos importados para a aplicação no processo produtivo, calculado pelo método de preço de revenda menos lucros - PRL - 60, é a média aritmética dos preços de revenda de bens ou direitos, apurada mediante a exclusão dos descontos incondicionados, tributos, comissões, corretagens e margem de lucro de 60%, esta calculada sobre o preço de revenda depois de deduzidos os custos de produção citados e ainda o valor agregado calculado a partir do valor de participação proporcional de cada bem, serviço ou direito importado na formação do preço final, conforme previsto em lei e detalhado na instrução normativa.

O preço de transferência, assim apurado e não de outra forma como pretendido neste feito, é que pode ser deduzido na determinação do lucro real para efeito de cálculo do IRPJ/CSL. Há que se considerar, assim, a ponderação ou participação dos bens, serviços ou direitos, importados da empresa vinculada, no preço final do produto acabado, conforme planilha de custos de produção, mas sem deixar de considerar os preços livres do mercado concorrencial, ou seja os praticados para produtos idênticos ou similares entre empresas independentes. A aplicação do método de cálculo com base no valor do bem, serviço ou direito em si, sujeito à livre fixação de preço entre as partes vinculadas, geraria distorção no valor agregado, majorando indevidamente o custo de produção a ser deduzido na determinação do lucro real e, portanto, reduzindo ilegalmente a base de cálculo do IRPJ/CSL.

Para dar eficácia ao método de cálculo do preço de revenda menos lucro, previsto na Lei 9.430/1996 alterada pela Lei 9.959/2000, é que foi editada a IN/SRF 243/2002, em substi-

tuição à IN/SRF 32/2001, não se tratando, pois, de ato normativo inovador ou ilegal, mas de explicitação de regras concretas para a execução do conteúdo normativo abstrato e genérico da lei, prejudicando, pois, a alegação de violação ao princípio da legalidade.

Embora esta Turma tenha precedente firmado, por maioria, a favor do contribuinte, outro mais recente, com votação unânime, decidiu pela validade da IN SRF 243/2002, conforme revela o acórdão assim ementado:

AMS 00173813020034036100, Rel. Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, e-DJF3 18/02/2011: APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MÉTODO DE PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO - PRL. LEI Nº 9.430/96. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 243/02. APLICABILIDADE. 1. Caso em que a impetrante pretende apurar o Método de Preço de Revenda menos Lucro - PRL, estabelecido na Lei nº 9.430/96, sem se submeter às disposições da IN/SRF nº 243/02. 2. Em que pese sejam menos vantajosos para a impetrante, os critérios da Instrução Normativa nº 243/2002 para aplicação do método do Preço de Revenda Menos Lucro (PRL) não subvertem os paradigmas do art. 18 da Lei nº 9.430/1996. 3. Ao considerar o percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido, a IN 243/2002 nada mais está fazendo do que levar em conta o efetivo custo daqueles bens, serviços e direitos na produção do bem, que justificariam a dedução para fins de recolhimento do IRPJ e da CSLL.. 4. Apelação improvida.

Posteriormente, a 6ª Turma desta Corte adotou idêntica solução, ao que se vê do acórdão assim ementado:

AC 00061259020034036100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJE 01/09/2011: TRIBUTÁRIO - TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE PESSOAS VINCULADAS - MÉTODO DO PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO-PRL-60 - APURAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL - EXERCÍCIO DE 2002 - LEIS NºS. 9.430/96 E 9.959/00 E INSTRUÇÕES NORMATIVAS/SRF NºS. 32/2001 E 243/2002 - PREÇO PARÂMETRO - MARGEM DE LUCRO - VALOR AGREGADO - LEGALIDADE - INOCORRÊNCIA DE OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - DEPÓSITOS JUDICIAIS. 1. Constitui o preço de transferência o controle, pela autoridade fiscal, do preço praticado nas operações comerciais ou financeiras realizadas entre pessoas jurídicas vinculadas, sediadas em diferentes jurisdições tributárias, com vista a afastar a indevida manipulação dos preços praticados pelas empresas com o objetivo de diminuir sua carga tributária. 2. A apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ, e da base de cálculo da CSLL, segundo o Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL, era disciplinada pelo art. 18, II e suas alíneas, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 9.959/00 e regulamentada pela IN/SRF nº 32/2001, sistemática pretendida pela contribuinte para o ajuste de suas contas, no exercício de 2002, afastando-se os critérios previstos pela IN/SRF nº 243/2002. 3. Contudo, ante à imprecisão metodológica de que padecia a IN/SRF nº 32/2001, ao dispor sobre o art. 18, II, da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.959/00, a qual não espelhava com fidelidade a exegese do preceito legal por ela regulamentado, baixou a Secretaria da Receita Federal a IN/SRF nº 243/2002, com a finalidade de refletir a mens legis da regra-matriz, voltada para coibir a evasão fiscal nas transações comerciais com empresas vinculadas sediadas no exterior, envolvendo a aquisição de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção. 4. Destarte, a IN/SRF nº 243/2002, sem romper os contornos da regra-matriz, estabeleceu critérios e mecanismos que mais fielmente vieram traduzir o dizer da lei regulamentada. Deixou de referir-se ao preço líquido de venda, optando por utilizar o preço parâmetro daqueles bens, serviços ou direitos importados da coligada sediada no exterior, na composição do preço do bem aqui produzido. Tal sistemática passou a considerar a participação percentual do bem importado na composição inicial do custo do

produto acabado. Quanto à margem de lucro, estabeleceu dever ser apurada com a aplicação do percentual de 60% sobre a participação dos bens importados no preço de venda do bem produzido, a ser utilizada na apuração do preço parâmetro. Assim, enquanto a IN/SRF nº 32/2001 considerava o preço líquido de venda do bem produzido, a IN/SRF nº 243/2002, considera o preço parâmetro, apurado segundo a metodologia prevista no seu art. 12, §§ 10, e 11 e seus incisos, consubstanciado na diferença entre o valor da participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido, e a margem de lucro de sessenta por cento. 5. O aperfeiçoamento fez-se necessário porque o preço final do produto aqui industrializado não se compõe somente da soma do preço individuado de cada bem, serviço ou direito importado. À parcela atinente ao lucro empresarial, são acrescidos, entre outros, os custos de produção, da mão de obra empregada no processo produtivo, os tributos, tudo passando a compor o valor agregado, o qual, juntamente com a margem de lucro de sessenta por cento, mandou a lei expungir. Daí, a necessidade da efetiva apuração do custo desses bens, serviços ou direitos importados da empresa vinculada, pena de a distorção, consubstanciada no aumento abusivo dos custos de produção, com a conseqüente redução artificial do lucro real, base de cálculo do IRPJ e da base de cálculo da CSLL a patamares inferiores aos que efetivamente seriam apurados, redundar em evasão fiscal. 6. Assim, contrariamente ao defendido pela contribuinte, a IN/SRF nº 243/2002, cuidou de aperfeiçoar os procedimentos para dar operacionalidade aos comandos emergentes da regra-matriz, com o fito de determinar-se, com maior exatidão, o preço parâmetro, pelo método PRL-60, na hipótese da importação de bens, serviços ou direitos de coligada sediada no exterior, destinados à produção e, a partir daí, comparando-se-o com preços de produtos idênticos ou similares praticados no mercado por empresas independentes (princípio *arms length*), apurar-se o lucro real e as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. 7. Em que pese a incipiente jurisprudência nos Tribunais pátrios sobre a matéria, ainda relativamente recente em nosso meio, tem-na decidido o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, do Ministério da Fazenda, não avistando o Colegido em seus julgados administrativos qualquer eiva na IN/SRF nº 243/2002. Confirma-se a respeito o Recurso Voluntário nº 153.600 - processo nº 16327.000590/2004-60, julgado na sessão de 17/10/2007, pela 5ª Turma/DRJ em São Paulo, relator o conselheiro José Clovis Alves. No mesmo sentido, decidiu a r. Terceira Turma desta Corte Regional, no julgamento da apelação cível nº 0017381-30.2003.4.03.6100/SP, Relator o e. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO. 8. Outrossim, impõe-se destacar não ter a IN/SRF nº 243/2002, criado, instituído ou aumentado os tributos, apenas aperfeiçoou a sistemática de apuração do lucro real e das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, pelo Método PRL-60, nas transações comerciais efetuadas entre a contribuinte e sua coligada sediada no exterior, reproduzindo com maior exatidão, o alcance previsto pelo legislador, ao editar a Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 9.959/2000, visando coibir a elisão fiscal. Referida Instrução Normativa encontra-se em perfeita consonância com os comandos emanados da regra-matriz, os quais já se renunciavam na Medida Provisória nº 2158-35, de 24/08/2001, editada originalmente sob o nº 1.807, em 28/01/99, ao reportar-se ao método da equivalência patrimonial, e mesmo, anteriormente, na Lei nº 6.404/76, quando alude às demonstrações financeiras da sociedade, motivo pelo qual também não se há falar ter a mencionada IN/SRF nº 243/2002 ofendido a princípios constitucionais, entre eles, os da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade. 9. As questões relativas a eventuais depósitos efetuados nestes autos deverão ser apreciadas pelo juízo de origem ao qual se encontram vinculados, após o trânsito em julgado da decisão definitiva. 10. Sentença recorrida reformada. Apelação e remessa oficial providas.

Ante o exposto, acompanho o relator no que não conheceu do agravo retido, mas dele divirjo para negar provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CARLOS MUTA – Relator para o Acórdão

Sentenças



AÇÃO ORDINÁRIA **000013-33.2003.4.03.6124**

Autores: ALCEU UNGARO E OUTROS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ANDRADINA - SP
Juiz Federal: BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/10/2014

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação de procedimento ordinário ajuizada por ALCEU UNGARO, JADIR UNGARO, LIGIA MARIA ZARDO DE ALMEIDA UNGARO, YVONE UNGARO GARILIO e DOMINGOS FRANCISCO GARILIO em face de INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA objetivando a declaração de produtividade da Fazenda Santa Maria a fim de anular o Relatório Agrônomico de Fiscalização que embasou o Decreto Presidencial de 21/11/2002, fulminando-o de nulidade e, conseqüentemente, julgar a Ação de Desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124 conjuntamente e favoravelmente aos autores. Alega motivos de força maior para o baixo número de reses na propriedade (barreira interestadual fechada para trânsito de animais possivelmente suscetíveis à febre aftosa de 1999 a 2001, nos termos das Instruções Normativas nº 43 e 52 do Ministério da Agricultura e Abastecimento), bem como a existência de Projeto Técnico para implantação de cultura de frutas (limão Taiti) ainda em meados de 2001 e requerendo a nulidade da vistoria feita pelo INCRA em face à suposta anulação de concurso público que nomeara parte da equipe técnica designada para os trabalhos.

Juntou documentos de fls. 36/491, inclusos o Relatório Agrônomico de Fiscalização (*GUT = 100%; GEE = 80,46%*) (fls. 36/63), a Impugnação ao Relatório Agrônomico de Fiscalização e seu aditamento (*GUT = 100%; GEE = 136,17%*) (fls. 72/99 e 100/108) e demais documentos pertinentes ao trâmite administrativo (processo nº 54190.000406/2002-00), bem como as Instruções Normativas do Ministério da Agricultura atinentes à situação no período de 1999/2001 e outros documentos comprobatórios da produtividade da Fazenda Santa Maria (fls. 109/491), inclusive o Projeto Técnico acima aludido (fls. 381/408).

Nestes autos de Ação Declaratória de Produtividade foi proferida decisão às fls. 494/495 antecipando em parte a tutela para suspender, em caso de efetivação de ação de expropriação, a imissão na posse de terceiros no imóvel até realização da prova pericial, nada obstando imissão de posse posterior à essa produção de prova. *Perito nomeado* e determinada a apresentação de proposta de honorários, com posterior prazo para manifestação das partes à respeito e indicação de quesitos e assistentes técnicos.

Os autores peticionam comunicando que há uma medida cautelar inominada em andamento, anteriormente proposta, nº 2002.61.21.000701-1, que concedeu suspensão dos efeitos da declaração de improdutividade da fazenda Santa Maria (decreto expropriatório), informando que também há determinação para a proibição da imissão na posse do expropriante, até decisão final da Ação Principal (fls. 497/499).

Decisão retificando liminar anteriormente concedida para obstar imissão na posse posterior à produção da prova pericial, salvo eventual e posterior decisão em sentido contrário (fls. 502).

Contra a parte final da decisão de fls. 494/495, atinente à correção do valor da causa e recolhimento das custas proporcionais sob pena de extinção do feito, foi interposto Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.004483-0 pelos autores (fls. 509/521), com determinação para a suspensão dos efeitos da decisão agravada no que diz respeito ao valor da causa (fls. 534) e ao final julgado prejudicado (fls. 856/860). Cópias de sentença proferida nos autos de Impugnação ao valor da causa nº 2003.61.24.000394-0, julgada procedente para alterar o valor para R\$ 3.877.300,00 (fls. 790/793), contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.006886-0 (fls. 798/799).

O INCRA interpõe Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.005124-9 contra decisões interlocutórias de fls. 494/495 e 502, que suspenderam os efeitos do laudo impugnado e da declaração de improdutividade, para fins de eventual imissão na posse do imóvel, até posterior decisão judicial em contrário. Determinado o seguimento sem suspensão do feito pelo Relator (fls. 566). Este recurso foi julgado prejudicado às fls. 918/924.

Citação do INCRA às fls. 541/545. Contestação às fls. 548/560 alegando preliminares ao mérito e, no mérito, repelindo a existência de erros nos laudos elaborados pelo ITESP/INCRA e contrariando o impedimento à movimentação de gado entre a Fazenda em Mato Grosso do Sul e a Fazenda Santa Maria nos idos de 1999 a 2001 por força de deliberações do Ministério da Agricultura e Abastecimento porquanto haveria apenas restrições e condições, sendo isso contornável, de modo a carência de reses no imóvel expropriando não se dar por motivo de força maior, mas por precário aproveitamento desta, questionando também a validade do aludido Projeto Técnico para fins de implantação de cultura ácida (limão Taiti), pugnano pela improcedência da ação e condenação dos autores nos consectários legais.

Réplica à contestação às fls. 568/589 repudiando a preliminar de carência da ação pela prejudicialidade da ação declaratória em face às pretensões expropriatórias do INCRA e, quanto ao mérito, reafirmando a qualidade de *propriedade produtiva* da Fazenda Santa Maria, bem como as razões de força maior já indicadas, contrariando as conclusões do INCRA sobre as áreas de preservação e defendendo a legalidade do Projeto Técnico de Implantação de Cultura Ácida, além de alegações remissivas à inicial quanto à anulação do concurso público do ITESP e à notificação dos proprietários.

Proposta de honorários periciais apresentada às fls. 561, rejeitada pelos autores, os quais apresentam quesitos e indicam assistente técnico (fls. 591/595), sem manifestação pelo INCRA, o qual apenas indica assistente técnico (fls. 596). Honorários fixados nos termos da proposta apresentada e parcelados em três vezes (fls. 598).

Laudo Pericial apresentado, concluindo *que a propriedade é produtiva*, com $GUT = 100\%$ e $GEE = 106,78\%$ ou $167,88\%$ (fls. 615/711), com concordância dos autores (fls. 723/725).

Em manifestação à respeito, o Ministério Público Federal requer nulidade do feito devido à ausência de sua intimação para acompanhar o andamento processual (738/741), sendo denegada tal pretensão (fls. 748), decisão esta contra qual interpôs Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.048403-1 (fls. 749/756), o qual teve o efeito suspensivo negado pelo Relator por entender sanada a ausência de manifestação ministerial pelo seu ingresso em tempo no processo (fls. 760/761) e, posteriormente, foi negado seguimento às fls. 1014/1015.

O INCRA apresenta Parecer técnico contestando laudo pericial e mostrando $GEE = 89,5\%$ (fls. 762/776).

Juntadas cópias da liminar proferida na ação de desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124 deferindo imissão na posse (fls. 778/781). A ação de desapropriação foi suspensa pelo Agravo de Instrumento 2005.03.00.006734-5, o qual suspendeu a imissão do

INCRA na posse, até o julgamento da presente ação.

Os autores apresentam memoriais de razões finais às fls. 783/788, fazendo uma breve síntese da demanda e enfatizando os erros cometidos pela vistoria do INCRA no tocante à existência de força maior e à interpretação do uso da área de preservação permanente e da elaboração de seu Projeto Técnico, além de outras alegações procedimentais.

Os autores impetraram Mandado de Segurança nº 24.487-9 com pedido de liminar, entre a propositura desta ação e a propositura da ação de desapropriação, cujo objeto foi o decreto expropriatório (fls. 804/808 e 813), diante do qual houve decisão mandando suspender esta ação declaratória até seu julgamento (fls. 814/816), decisão esta contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento nº 0083995-13.2005.403.0000 pelos autores (fls. 831/850), o qual foi julgado prejudicado por perda do objeto (fls. 1.011). Posteriormente foi denegada a segurança na ação de Mandado de Segurança (fls. 971/973).

Traslado de cópia de decisão nos autos de reintegração de posse nº 2006.61.24.000320-5 concedendo liminar de reintegração de posse (fls. 874/877).

Decisão determinando a retomada do andamento dos autos até estar em termos para prolação de sentença, para então suspender-se para aguardar a decisão do Mandado de Segurança (fls. 878).

Alegações finais dos autores às fls. 886/895 tecnicamente remissivas à inicial e às suas anteriores manifestações quanto ao mérito e enfatizando a produtividade da propriedade.

O INCRA apresenta alegações finais às fls. 897/905 tecnicamente remissivas à contestação e às suas anteriores manifestações quanto às preliminares ao mérito e ao mérito em si.

O Ministério Público Federal apresenta promoção ministerial às fls. 930/931 requerendo sejam solicitadas informações sobre o Mandado de Segurança nº 24.487-9 e sobre possíveis infrações ambientais cometidas pelos autores. Informações sobre o Mandado de Segurança às fls. 971/973. Informações dos órgãos fiscalizadores (IBAMA) às fls. 946/960. Manifestação dos autores às fls. 979/981 sobre os documentos juntados antagonizando as informações da vistoria do INCRA quanto ao uso ou degradação de área de preservação. O Ministério Público Federal manifesta-se às fls. 990/990v confirmando a inexistência de degradação ambiental em face ao cumprimento integral pelo autor, Alceu Ungaro, de Termo de Compromisso de Recuperação de vegetação natural (fls. 950) e pugnano pelo regular prosseguimento do processo.

Despacho determinando que se aguarde pelo julgamento conjunto das ações de Desapropriação e esta (fls. 991)

O Ministério Público Federal informa que apresentou alegações finais nos autos da Ação de Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária nº 0001718-32.2004.403.6124.

Decisão determinando que os autos sejam conclusos para prolação de sentença e julgamento conjunto em 09/05/2013 (fls. 1069 e 1084).

Ofício do Ouvidor Agrário Nacional e Presidente da Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo solicitando preferência no julgamento desta ação às fls. 1083. Ofício de resposta com esclarecimentos às fls. 1084.

Passo à análise dos autos apensados e julgados conjuntamente.

Em 19/11/2004 o INCRA ingressou com a *Ação de Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária nº 0001718-32.2004.403.6124*, com petição inicial às fls. 02/06, Decreto Declaratório de Interesse Social de 21/11/2002 às fls. 07, documentos diversos às fls. 08/35, Laudo Técnico de Vistoria e Avaliação às fls. 36/76, realizada em 29/10/2004

e naqueles autos, às fls. 82/84, *foi determinada a imissão de posse*, à despeito da decisão de fls. 494/495 nos autos de Ação Declaratória, sendo tal decisão objeto de Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.002214-3 (cópia às fls. 149/174), cujo Relator suspendeu a imissão de posse (fls. 132/137 e fls. 138). Audiência de tentativa de conciliação infrutífera (fls. 118/119). Cópia de minuta de Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.006734-5, interposto devido a revogação da decisão que concedeu a liminar na medida cautelar e deferiu a imissão na posse (fls. 215/242), cujo Relator suspendeu a imissão de posse até o julgamento da ação declaratória (fls. 244/245). Os réus contestam a ação arguindo preliminares ao mérito (suspensão do processo expropriatório, inépcia da inicial e existência de ação prejudicial ao julgamento desta ação, que seria a ação declaratória de produtividade) e pugnando pelo reconhecimento da produtividade da propriedade, além de afirmar subvalorização do preço da terra pelo INCRA (fls. 250/279), junta documentos (fls. 282/520), notadamente, cópia da inicial da medida cautelar nº 2002.61.24.000701-1 (fls. 283/317), cópias de Agravos de Instrumento e respectivas decisões (fls. 318/329, 366/376), cópias de mandado de segurança proposto no STF (fls. 377/396), cópia do Laudo Pericial realizado na Ação Declaratória (fls. 397/421) e Laudo Técnico de Constatação (fls. 422/458) e demais documentos pertinentes. O réu ALCEU ÚNGARO apresenta contestação às fls. 533/542. Decisão determinando a suspensão da Ação de Desapropriação até decisão final na Ação Declaratória (fls. 543). Petição dos expropriados alegando decadência do prazo para propositura da ação expropriatória (fls. 554/561), repudiada pelo INCRA (fls. 568/569). Réplicas à contestação apresentadas pelo INCRA (fls. 578/594). A ré ROSICLER BÁRIA PAULANI UNGARO apresenta contestação às fls. 629/631. Promoção ministerial à esta contestação pelo Ministério Público Federal (fls. 641/643) e pelo INCRA (fls. 645/646). Decisão de fls. 667 afastando preliminares e determinando a realização de perícia, contra a qual houve interposição de novo agravo de instrumento (fls. 677/708). Quesitos dos autores às fls. 713/717. A perita nomeada peticiona sua estimativa de honorários (fls. 718/720), que é contraditada pelo INCRA (fls. 775/776) e aceita pelo Ministério Público Federal (fls. 869/870) e também contraditada pelos autores (fls. 973/975). Decisão saneadora, a qual julga preliminares da contestação e afasta a ocorrência da decadência (fls. 735/739), contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento (fls. 780/812). Requerimentos dos expropriados para suspensão do processo tendo em vista a invasão a propriedade rural (fls. 819/822, 832/833), os quais foram indeferidos (fls. 825/825v), decisão esta contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento nº 2008.03.00.022977-2 (fls. 841/855). Promoção ministerial requerendo apreciação da preliminar de ilegitimidade passiva (fls. 887/888v). Decisão revogando a nomeação da perita em face à conclusão da perícia nos autos da Ação Declaratória, abrindo prazo para alegações finais (fls. 891/891v), contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento pelo INCRA (fls. 924/935), sendo acolhido e dado provimento para a realização da prova pericial (fls. 954/956). Os réus apresentam alegações finais tecnicamente remissivas às suas anteriores manifestações (fls. 905/921). INCRA apresenta alegações finais tecnicamente remissivas às suas anteriores manifestações (fls. 936/946). O Ministério Público Federal apresenta alegações finais (fls. 950/953v). Decisão determinando o custeio da prova pericial pelos expropriados (fls. 957), tendo a Perita nomeada apresentado nova estimativa de honorários (fls. 960/963), sendo que contra a decisão que transferiu ao expropriado o ônus do pagamento dos honorários periciais houve nova interposição de Agravo de Instrumento nº 0001278-65.2010.4.03.0000 pelos expropriados (fls. 976/986), havendo nova promoção ministerial sobre os honorários periciais (fls. 991/992) e nova discordância do INCRA quanto aos valores apresentados (fls. 994/996). Decisão sobre a fixação de honorários periciais com determinação para que o INCRA os custeie (fls. 998/999, 1009). Laudo pericial avaliando a propriedade em R\$ 22.027.860,02

em novembro/2010 (fls. 1049/1610), com Impugnação do INCRA (fls. 1625/1628) e pedido de esclarecimentos pelos expropriados (fls. 1632/1635) com apresentação de Laudo parcialmente divergente do assistente técnico do expropriado avaliando a propriedade em R\$ 27.589.083,27 (fls. 1636/1655). Laudo de esclarecimentos da perita avaliando o imóvel em R\$ 23.398.441,82 em março/2012 (fls. 1671/1710), com apresentação de Parecer divergente sobre o laudo pericial de esclarecimentos, oferecido pelo INCRA (fls. 1721/1725 e 1736/1739) e também apresentado Laudo Parcialmente Divergente oferecido por Alceu Ungaro e outros (fls. 1740/1747). Decisão declarando encerrada a instrução probatória, com abertura de prazo para alegações finais e determinando a exclusão da parte Rosicler Maria Paulani Ungaro (fls. 1760/1761). Alegações Finais do INCRA tecnicamente remissivas às suas anteriores manifestações (fls. 1770/1776). Alegações Finais dos réus tecnicamente remissivas às suas anteriores manifestações (fls. 1787/1805). Alegações finais do Ministério Público Federal quanto à regularidade do trâmite processual e aguardando prolação de sentença (fls. 1830/1830v). Decisão determinando o sobrestamento desta Ação de Desapropriação até julgamento conjunto com a Ação Declaratória (fls. 1832/1833).

Após, foram estes autos de Ação Declaratória de Produtividade conclusos em 09/05/2013 para julgamento conjunto com a Ação de Desapropriação (fls. 1069 e 1084).

É relatório. DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Considerando as decisões exaradas nos Agravos nº 2005.03.00.006734-5 e nº 2005.03.00.002214-3 a Ação Declaratória de Produtividade é prejudicial à Ação de Desapropriação, em que pese os argumentos quanto à especialidade da norma de regência das desapropriações em face à ação ordinária declaratória de produtividade. Não poderia ser diferente, pois a desapropriação apenas tem sentido de se operar conquanto evidenciado que o imóvel pretendido não atende à sua função social quanto à produtividade, tudo em conformidade com a orientação jurisprudencial majoritária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PEDIDO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE POSSIBILIDADE. JULGAMENTO ANTERIOR AO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. 1. É inadmissível recurso especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional, sem o devido cotejo analítico. 2. Inocorre julgamento extra e ultra petita, se o exame das questões aventadas pelas partes decorre de mero desdobramento da fundamentação adotada pelo órgão julgante. 3. *Este Superior Tribunal de Justiça tem admitido seja a declaração de produtividade do imóvel rural requerida em ação própria, diante da índole restrita da desapropriação. Precedentes.* 4. *O pedido de declaração de produtividade do imóvel deve ser julgado antes do pedido de desapropriação. A Constituição da República só admite desapropriação por interesse social, para fim de reforma agrária, de imóvel improdutivo, devendo ser julgado em primeiro lugar o pedido de declaração de produtividade antecedentemente ao de desapropriação.* 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (STJ - REsp: 725477 MG 2005/0024974-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 21/06/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/11/2009)

Desta feita, descabida qualquer alegação atinente ao congelamento do *status* de propriedades vistoriadas num dado momento a fim de perenizar e impossibilitar qualquer alteração

situacional posterior, o que pode ser inferido pelo disposto normativo:

Lei nº 8.629/93, Art. 2º, § 4º Não será considerada, para os fins desta Lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º.

Disso é possível perceber que a intenção do legislador era a não eternização do litígio desapropriatório ao manter o *status* de propriedade improdutiva declarada de interesse para fins de reforma agrária *apenas por seis meses após vistoria do órgão competente*, do que se seguiria a elaboração e apresentação do laudo de vistoria e o conseqüente encaminhamento das conclusões à Presidência da República para publicação do Decreto declaratório de interesse social, quando então efetuar-se-ia o depósito da justa indenização ao proprietário e autorizada a imissão provisória na posse até sentença.

No caso concreto temos a vistoria realizada em 27 e 28/11/2001, reclassificação da propriedade em 05/04/2002 fundamentado em relatório finalizado em 04/03/2002 (fls. 63/64) e o Decreto Presidencial sendo publicado apenas em 21/11/2002 (fls. 488/489), passados muito mais que seis meses desde a realização dos trabalhos autárquicos.

Aqui cabe importante resumo histórico-doutrinário sobre o momento em que efetivamente ocorre a desapropriação, da lavra de José Carlos de Moraes Salles (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 6ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, pp. 426/441), que coligiu diversos posicionamentos à respeito, cada qual com defensores de renome no Direito Pátrio.

Segundo o esboço histórico do autor, o momento em que se efetivaria a desapropriação coincidiria, excluindo-se as demais hipóteses:

a) com a publicação do decreto declaratório da utilidade pública (*Solidônio Leite, Rodrigo Octavio e Ruy Barbosa*);

b) com o pagamento da indenização (*Celso Spínola, Alfredo Bernardes da Silva, Antônio de Moraes e Seabra Fagundes*);

c) com o registro da sentença no Cartório de Imóveis (*Pontes de Miranda, Firmino Whitaker e Eurico Sodré*);

d) com a simples publicação da sentença de mérito (*Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*);

e) com a expedição do mandado de imissão definitiva do expropriante na posse (*Sílvio Pereira e Sílvio Portugal*);

f) com a prévia indenização mas a transferência de domínio se operaria *ex lege* independentemente de quaisquer outros atos formais (*Rafael Bielsa*).

Entendemos superados todos estes posicionamentos, pois inconsistentes com os princípios constitucionais vigentes, vez que qualquer um tomado exclusivamente desmerece aspectos processuais indeclináveis. Mais plausível é considerar a transferência de domínio operada pela desapropriação aperfeiçoada após o trânsito em julgado da sentença de mérito na ação própria, com registro no Serviço de Registro de Imóveis, somada à sua *fase satisfativa* verificada com o pagamento da justa indenização ao expropriado, sem a qual a sentença desapropriatória não se aperfeiçoaria *in totum*, fazendo apenas coisa julgada quanto aos fatos mas impedindo o exercício pleno do direito até recomposição patrimonial justa do expropriado, segundo orientação jurisprudencial pacífica:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. SENTENÇA. REGISTRO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado pelo Departamento Nacional de Obras contra as Secas contra decisão interlocutória que dispensou o registro da sentença no cartório de imóveis pelo fato de constituir-se a desapropriação forma originária de aquisição da propriedade. 2. A finalidade do registro “é muito mais para documentar a saída do bem para o domínio privado, do que a testificação da aquisição ou o momento da consumação desta, visando a evitar negócios irregulares, com sérios prejuízos para os terceiros de boa-fé. Como consequência, o registro de imóveis não pressupõe a perfeita compatibilidade com os assentamentos anteriores, sendo até mesmo possível o registro de bem ainda não registrado”. 3. Deste modo, tem-se que o registro da sentença proferida no processo de desapropriação afigura-se absolutamente imprescindível, mercê da proteção jurídica conferida aos terceiros de boa-fé e das exigências para eventual disposição futura do bem. 4. Inteligência dos arts. 29, do Decreto-Lei nº 3.365/41 e 167, I, 34, da Lei nº 6.015/73. 5. Agravo de instrumento provido. (TRF-5 - AGTR: 81881 CE 0071198-77.2007.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo (Substituto), Data de Julgamento: 17/01/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 28/03/2008 - Página: 1383 - Nº: 0 - Ano: 2008)

Diante deste introito, perceptível que no caso concreto a desapropriação não ocorreu quando da publicação do Decreto Declaratório fundamentado em vistoria ocorrida muito mais de seis meses antes e que a imissão de posse pretendida restou impedida por deliberação da Superior Instância, como já relatado. Aferrado apenas aos precisos termos legais, impossível impedir que a questão da produtividade do imóvel fosse debatida apenas porque o INCRA entende que *nos dias em que feita a vistoria* concluiu-se pela improdutividade do imóvel, mormente se considerarmos que após esta, no prazo legal de seis meses, não houve a publicação do decreto presidencial, de modo que a morosidade e tropeços operacionais da Autarquia não a podem premiar ao custo do direito de propriedade constitucionalmente garantido aos autores de modo que as alterações evidenciadas na propriedade após o prazo de seis meses da realização da vistoria não de ser consideradas.

Ademais a metodologia do INCRA não se mostra lúdica quanto ao momento histórico por que passava a região e a propriedade rural em específico. Ao que se tem dos autos, verifica-se equívoco do INCRA na classificação da propriedade dos autores como improdutiva, senão vejamos.

O GEE obtido pelo INCRA desconsiderou uma importante circunstância normativa que, neste caso, pode ser considerada como *força maior* à elidir a qualificação de improdutiva da propriedade, *ex vi* do art. 6º, § 7º da Lei nº 8.629/93, qual seja o impedimento à transferência de gado de outra propriedade dos autores para a propriedade expropriada por força das Instruções Normativas nº 43 e 52 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa).

Com efeito, as Notas Fiscais e os Demonstrativos de Movimentação de Gado juntados aos autos às fls. 138/335 e fls. 337/364 evidenciam a contínua movimentação de gado entre as propriedades dos autores, em quantidade média muito superior no lapso compreendido entre 1996 e 1999 do que no lapso de 1999 a 2001, quando em vigor as referidas instruções normativas do MAPA, havendo expressa referência a esta situação no Laudo Pericial (fls. 624, 627 e 632/633) de modo a comprovar a prejudicialidade do ato governamental para a normalidade das atividades pecuárias realizadas pela Fazenda Santa Maria, o que não poderia ser desconsiderado pelo INCRA ao proceder à vistoria administrativa.

No mesmo sentido, a qualificação de improdutiva atribuída pelo réu à propriedade

em questão resta abalada se considerado que, à época da vistoria administrativa, os autores contavam com projeto técnico para implantação de cultura cítrica (lima ácida – limão taiti), fato relevante desconsiderado pelo Poder expropriante. De fato, observa-se que às fls. 621/622 do Laudo Pericial há constatação de adoção integral do Projeto Técnico para implantação de cultura cítrica em consonância com os ditames normativos, preservando a produtividade da área integralmente. Assim, as áreas destinadas à implantação do referido projeto devem ser consideradas como efetivamente utilizadas, com espeque no art. 6º, § 3º, V, da Lei nº 8.629/93.

Da mesma forma, não se assenta qualquer previsão normativa, doutrinária ou jurisprudencial para considerar-se área de reserva legal supostamente degradada como “área produtível” (fls. 50, item 7) e disso concluir que, por nada estar sendo produzida nela, ela deva compor o somatório das demais “áreas produtíveis” para com isso diminuir o GEE da propriedade, tal qual insistido pelo INCRA em suas manifestações sobre a vistoria realizada. Se área de reserva legal degradada há ou houve, caberia à autarquia proceder às necessárias comunicações oficiais às autoridades competentes para aferir possível crime ambiental. Sendo tais constatações realizadas pelo IBAMA, concluindo pela inexistência de degradação ambiental (fls. 946/960) sem oposição tempestiva, igualmente preclusa qualquer questão pertinente.

Ademais, inescandível que todas as demais perícias realizadas, particulares e oficiais, atestaram a produtividade do imóvel, concluindo-se então pelo índice de *GEE no patamar de 136,17%* (fls. 72/99, 100/108) e *106,78% ou 167,88%* (fls. 615/711) para a propriedade, salientando-se que o inconformismo do INCRA não ultrapassou a seara ideológica para firmar-se em termos processuais com as cabíveis e possíveis imprecisões processuais (recursos ou ações próprias) aptas a invalidar o trabalho pericial, de modo que preclusa qualquer questão pertinente.

A insurgência do INCRA quanto aos valores de GEE encontrados na perícia judicial em cotejo com a vistoria realizada pela autarquia é compreensível se atentarmos ao fato de que suas intenções são nitidamente parciais em relação ao pleito e não gozam da isenção necessária para tais aferições tal qual o é a perícia conduzida por perito judicial compromissado, de modo que jamais veríamos uma concordância com os erros apontados pelo perito judicial na vistoria realizada pela Autarquia e nem a vemos explicar-se adequadamente dos motivos de tão discrepantes divergências de GEE contidos em suas manifestações (80,46% e 89,5%) em relação aos valores alcançados pela perícia oficial. Saliente-se que o Perito judicial não foi instado a se manifestar sobre os critérios divergentes apontados pelo INCRA em momento oportuno, de modo que igualmente preclusa qualquer pretensão atinente ao assunto. Lembremos que a exatidão e tecnicidade dos trabalhos periciais não foram questionadas nas vias próprias e foram aceitas pelo Magistrado nomeante e, desde então, não apresentado qualquer motivo para reconsiderar tal decisão.

Do quanto analisado e considerando a perícia oficial realizada, verifica-se que a Fazenda Santa Maria, objeto da ação declaratória e da ação de desapropriação, não se enquadra na tipificação do artigo 2º da Lei nº 8.629/93 porque constatado que ela cumpre sua função social por ser produtiva, classificação essa que corrige a anteriormente feita pela vistoria do INCRA e que incorretamente subsidiou a elaboração do Decreto Declaratório de 21/11/2002, levando-o a erro quanto à situação e condição da referida propriedade, o que conclui pela *procedência da Ação Declaratória de Produtividade nº 0000013-33.2003.403.6124 e pela improcedência da Ação de Desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124.*

3. DISPOSITIVO

Diante destes quadros, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, *JULGO PROCEDENTE a Ação Declaratória de Produtividade nº 0000013-33.2003.403.6124* para declarar a Fazenda Santa Maria como *propriedade produtiva*, nos termos da fundamentação e das provas coligidas na instrução processual e, como decorrência, *declarar nulo o Relatório Agrônomo de Fiscalização* realizado pelo INCRA e que embasou a elaboração do Decreto Declaratório de 21/11/2002 apontando a referida fazenda como passível de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, que resta esvaziado de seu fundamento atinente especificamente à Fazenda Santa Maria, não surtindo efeitos contra esta. CONDENO o INCRA ao pagamento de honorários sucumbenciais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) conforme preceitua o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, ante a complexidade da causa e as constantes intervenções dos patronos dos autores (TRF-2 - AC: 201250011001249, Relator: Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 21/05/2013, Quinta Turma Especializada). Custas processuais isentas ao INCRA nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96.

Como decorrência *JULGO IMPROCEDENTE a Ação de Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária nº 0001718-32.2004.403.6124* ante o reconhecimento da qualidade de *propriedade produtiva* da Fazenda Santa Maria, nos termos da fundamentação e das provas coligidas na instrução processual. CONDENO o INCRA ao pagamento de honorários sucumbenciais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) conforme preceitua o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, ante a complexidade da causa e as constantes intervenções dos patronos dos autores, perfazendo o somatório total da verba honorária sucumbencial à ser paga pelo INCRA em relação à Ação Declaratória e a Ação de Desapropriação o importe de *R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)*. Custas processuais isentas ao INCRA nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96.

COMUNIQUE-SE ao I. Representante dos membros do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra – MST, Sr. Renier Emanuel Antonietta Gertrudis Parren, bem com ao Ouvidor Agrário Nacional e Presidente da Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo, do teor desta decisão, ainda sujeita à recurso, tendo em vista suas manifestações às *fls. 1889/1891* da Ação de Desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124 e *fls. 1083* da Ação Declaratória nº 0000013-33.2003.403.6124, respectivamente.

Traslade-se cópia desta sentença aos autos da Ação de Desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124, certificando-se em todos.

Sentença não sujeita ao Reexame Necessário (art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil).
 Juiz Federal Substituto BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

AÇÃO PENAL

0001149-49.2007.4.03.6181

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: CARLOS DE SOUZA MONTEIRO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: ALI MAZLOUM

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/09/2014

I - RELATÓRIO

Cuida-se de ação penal movida contra CARLOS DE SOUZA MONTEIRO, qualificado nos autos, pela prática, em tese, dos crimes descritos no *artigo 1º, inciso I, c.c. o artigo 12, I, da Lei nº 8.137/90*, em razão de fato ocorrido no ano de 1999, e *artigo 1º, incisos I e II, c.c. o artigo 12, I, da Lei nº 8.137/90*, em continuidade delitiva (art. 71 do CP), em razão de fatos ocorridos nos anos de 2000 e 2001, tudo em concurso material de delitos (art. 69 do CP), pelos motivos abaixo indicados.

A Secretaria da Receita Federal, em fiscalização empreendida na empresa CARITAL BRASIL LTDA, anteriormente denominada PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA, da qual o *acusado era o administrador responsável*, apurou no Diário Geral e nos livros Diário e Razões Contábeis da empresa, a existência de *receitas não declaradas* sujeitas à incidência de COFINS e de PIS, os quais teriam sido sonegados.

Ainda, na mesma fiscalização, a Receita Federal teria apurado a realização pela empresa de inúmeras *operações fictícias* de compra e venda de títulos da dívida pública dos Estados Unidos da América, conhecidos por "*TBills*", com o fito de suprimir o pagamento de IOF incidente nas *reais operações de câmbio* que fizera nos anos de 2000 e 2001.

A *denúncia*, ofertada em 16.08.2013, foi *recebida* por este Juízo em 21.08.2013 (fl. 212/214), seguindo-se com as devidas intimações e citação, *resposta à acusação* e decisão afastando alegações suscitadas pela defesa e a hipótese de aplicação de absolvição sumária do *artigo 397 do CPP* (fl. 400/403).

Em *audiência de instrução e julgamento* foram ouvidas quatro *testemunhas*, procedendo-se ao *interrogatório* do acusado, juntada de documentos da defesa a teor do requerido na *fase do artigo 402 do CPP* (fl. 431/437), abrindo-se prazo a pedido do MPF para exame e requisição documental.

Em *memoriais escritos*, pediu o Ministério Público Federal a condenação do acusado conforme denunciado (fl. 546/553), deixando de se manifestar sobre cópias de processo judicial cuja juntada requerera.

A defesa retomou tese de cerceamento, superada no curso do processo, alegou nulidade por inversão na colheita de prova oral, tendo sustentado, ademais, inépcia da denúncia, atipicidade da conduta, culminando por pugnar pela absolvição, com pedido alternativo de desclassificação para figura penal mais branda e afastamento da agravante imputada, juntando um documento (fl. 556/638).

É o relatório.

Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Prefacialmente, a despeito da precisão técnica das questões suscitadas pela nobre defesa, rejeito suas preliminares, aproveitando para tanto da motivação precedente externada na decisão de fl. 402/403.

Com efeito, não há que se falar em inversão quando a testemunha de defesa é ouvida por meio de Carta Precatória, antes da testemunha acusatória, conforme expressa dicção do artigo 400 do CPP.

De outro giro, o disposto no artigo 222-A coloca como *conditio sine qua non* à realização de diligências no exterior a demonstração, pela parte interessada, de sua imprescindibilidade. O preceptivo legal vem escorado nos *princípios da lealdade processual, economicidade do processo e rapidez*, todos de estatura constitucional (moralidade, economia e celeridade).

E, fundado no ordenamento jurídico vigente, deve-se colocar a *dignidade da pessoa humana* como princípio vetor de toda a ritualística processual, que não tolera permaneça o acusado à mercê da morosidade do Estado e de atuações burocráticas e injustificadas.

O processo penal moderno está imantado pelos *princípios da concentração e da oralidade*, devendo ser justificado qualquer pedido das partes que deles pretendam se apartar.

A simples menção de que esta ou aquela diligência seria importante, mantidos sob sigilo “estratégico” os motivos, não convencem mais o Poder Judiciário, tão frequentemente acusado de moroso.

Vale dizer que as alegações da parte devem ser fundamentadas, não podendo a omissão suplantar os princípios constitucionais precitados em nome da vaga alegação do direito à ampla defesa. Há de se dar transparência às postulações das partes.

A par disso tudo, não se alegou, nem tampouco foi demonstrada pela defesa, a ocorrência efetiva de eventual prejuízo – aplicação do vetusto princípio “pas de nullité sans grief” (não há nulidade sem prejuízo – STF HC 85.155/SP) inserto no artigo 563 do CPP.

Também não viceja a alegada inépcia da denúncia, porquanto a peça acusatória descreve com precisão os fatos e todas as suas circunstâncias, atendidos os pressupostos do artigo 41 do CPP, tanto assim que a defesa esboçou excelente trabalho técnico acerca dos fatos, trazendo aos autos farta explanação doutrinária alusiva a temas tributários e financeiro-econômicos.

Passo ao exame de mérito.

Razão assiste à defesa quanto à alegada atipicidade do *primeiro fato atribuído* a seu defendente, alusivo à suposta sonegação de CONFINS e PIS.

As cópias do Mandado de Segurança juntadas a pedido do MPF, sobre o qual quedou-se silente, impetrado pela PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA, sucedida pela “CARITAL”, es-cora essa tese, podendo-se inferir que a empresa procedeu de acordo com decisões judiciais, liminar e mérito, para recolher referidas contribuições a menor, nos termos da Lei 9.751/98 e Lei Complementar 70/91, em face do reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 em primeiro grau de jurisdição.

Portanto, *desde março de 1999, até dezembro de 2003*, quando em Superior Instância Judiciária desproveu-se a decisão de origem, os recolhimentos de PIS e COFINS se deram de acordo com medida judicial válida, não havendo conduta dolosa e, de conseguinte, crime. O fato é atípico.

Em matéria penal é defeso utilizar-se do escape encontrado pela Autoridade Fiscal, para quem, cessada a tutela judicial, transmuda-se para ilícita a conduta do contribuinte (apenso V, volume II, fl. 430).

De efeito, assim se disse no âmbito administrativo:

À época da autuação, em 21.06.2004 (...) não havia qualquer provimento jurisdicional que autorizasse o contribuinte a recolher o PIS e a COFINS de forma diversa da prevista na Lei nº 9.718/98. Quando do início da ação fiscal não mais subsistia a liminar/sentença que concedia o direito do contribuinte recolher o PIS e a COFINS nos moldes da Lei nº 9.715/98 e da LC 7/70 (...) Assim, como não havia à época da autuação qualquer provimento judicial que autorizasse o procedimento adotado pelo contribuinte e que suspendesse a exigibilidade do crédito tributário lançado no presente auto de infração, não é aplicável à hipótese o disposto no *caput* do art. 63 da Lei 9.430/96 (...) e, portanto, cabível o lançamento de multa de ofício no presente caso.

Mais não é preciso dizer, a transformação diferida de condutas lícitas em ilícitas constituiria verdadeira *aberratio* a ser prontamente repelida pela dogmática jurídica, que não encamparia a esdrúxula figura dos “crimes mutagênicos”, para os quais o único lugar de destaque seria o museu das teratologias jurídicas que grassam livremente pelo país.

Com relação ao segundo fato imputado, melhor sorte não assiste ao acusado, que realizou objetiva e subjetivamente o delito irrogado.

As operações ilícitas com os chamados “*T-Bills*”, para o fim de suprimir o pagamento de IOF incidente, estão materializadas nos apensos II a IV, os quais, à saciedade, demonstram a realidade delitiva do crime tributário.

Tais negócios consistiram na compra e venda de títulos da dívida pública americana (“*T-Bills*”) pela empresa *CARITAL*, através do banco *Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A*, com o propósito de simular as verdadeiras operações de câmbio realizadas ao longo dos anos de 2000 e 2001 e, com isso, suprimir-se o pagamento do imposto sobre operações financeiras (IOF) devidas, cujo montante apurado em 29.12.2005 alcançou a cifra de *R\$ 59.289.341,15*, o que representa na data de hoje a quantia de *R\$ 145.638.073,75* (CENTO E QUARENTA E CINCO MILHÕES, SEISCENTOS E TRINTA E OITO MIL, SETENTA E TRÊS REAIS E SETENTA E CINCO CENTAVOS) - “calculadora cidadão” do BACEN (<https://www3.bcb.gov.br/CALCIDA-DAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&aba=4>).

A despeito de recusar o acusado a apontada simulação, à outra conclusão não se pode chegar diante das circunstâncias que gravitam em torno de tais operações financeiras.

Deveras, o principal motivo para alguém ingressar no *mercado de valores mobiliários* é o de aplicar recursos disponíveis que possui no presente para poder consumir mais em momento futuro. Em outras palavras, trata-se de um processo pelo qual o investidor abre mão de dinheiro que possui com a expectativa – *tendo em vista ser um mercado de risco* – de receber mais dinheiro em data posterior.

Aliado à rentabilidade, convivem a segurança, estabilidade e liquidez dos ativos, características nem sempre encontradas em investimentos em moeda, ainda que representativos de títulos públicos, em face da variação das taxas de juros e da inflação.

E, de fato, a forma como as operações com os “*T-Bills*” foram entabuladas pela *CARITAL*, conclui-se que não se buscava atingir quaisquer dos benefícios a que se prestam ativos dessa natureza.

Observe-se que no Brasil, esse mercado é altamente regulado e as operações com valores mobiliários devem ser negociadas através de *instituições financeiras autorizadas* pela CVM (Lei 6.385/76, art. 1º, I e II).

Nada disso ocorreu no caso, nem mesmo comprovantes existem de pagamento de tais títulos, ou de sua transferência e até mesmo da custódia. Ganho nenhum se verificou! Não se buscava rentabilidade em face da instantânea compra e venda dos títulos, mas apenas a conversão de moeda estrangeira.

É fato incontroverso, não confessado, mas admitido pelo acusado e pelas testemunhas, de resto comprovado documentalmente, que a *CARITAL* tomava empréstimos no exterior em dólares para, na sequência, realizar operações de compra de “*T-Bills*” custodiados no *Crédit Lyonnais*, vendendo-os, instantaneamente, a empresas aqui sediadas, que pagavam o preço em reais e em seguida os revendiam ao mesmo banco custodiante.

Os títulos não circulavam, apenas papéis de compra e venda, e a *CARITAL* acabava tendo prejuízo em face do “spread” bancário cobrado. Inquestionável, pois, que a operação nada tinha que ver com investimentos em *Valores Mobiliários*, mas de transações que tinham a única finalidade a realização de *operações de câmbio* ao arrepio da lei.

Dispõe o artigo 63, II, do Código Tributário Nacional que o *fato gerador do imposto sobre operações de câmbio* é a efetiva entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, situação concretamente ocorrente nas transações fictícias realizadas pela *CARITAL*.

E, sobre a ilegitimidade dessas operações, dispõe o artigo 37 da Lei 4.595/64 que devem elas ser objeto de *contrato de câmbio devidamente registrado no SISBACEN*, sempre por meio de instituições financeiras autorizadas.

Tais aspectos constituem forma de controle do mercado, de suma importância para sua higidez, tendo em vista que o fluxo de moeda estrangeira no país, especialmente o dólar, tem profundo impacto no *balanço de pagamentos*, interferindo sobremaneira na política de importação e exportação e na consequente utilização do caráter extrafiscal deste tributo (IOF).

O IOF, ainda que na alíquota zero, não perde a característica da extrafiscalidade, cuja função não é apenas a de arrecadar, mas precipuamente incrementar comportamentos. Na obra também coordenada pelo renomado jurista CARLOS VALDER DO NASCIMENTO (*in* “Tratado de Direito Tributário”, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pág. 817), assim é definido o instituto:

costuma-se denominar extrafiscal o tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado de meios financeiros para seu custeio, antes visa ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou intervir em dados conjunturais ou estruturais da economia.

Bem por isso, ainda que zero fosse a alíquota para o IOF na época, seria exigível a contratação de câmbio por meio de instituição financeira credenciada e seu registro no SISBACEN, pois tais circunstâncias servem para que o Estado exerça seu papel de *controller* e fiscal do mercado cambial.

Neste ponto, a tese defensiva de que a alíquota zero do IOF afastaria a tipicidade cai por terra, pois, ainda que verdadeira a assertiva, é curial atentar que o benefício fiscal deixaria de ser conferido nas transações realizadas à margem da lei, vale dizer, ilegais, conforme dispõe o artigo 15 do Decreto 2.219/97, para não dizer que a ninguém é dado alegar a própria torpeza para se beneficiar.

Também não prospera a alegação de que a contratação cambial pelas vias ordinárias demandava tempo maior, sendo a fórmula engendrada pelo “mercado” mais rápida e melhor atenderia aos prementes interesses da empresa. A ninguém é permitido o exercício arbitrário das próprias razões, constituindo tal fato crime (art. 350 do CP).

A demora na confecção e registro de contrato de câmbio não autorizam a simulação e a fraude, não se colhendo licitude em planejamento tributário deste jaez, ainda que o mercado pudesse albergar condutas assim empreendidas. O “mercado” não tem o condão de revogar leis do Estado, ainda mais leis instituídas para sua própria regulação.

É inegável diante disso tudo que o propósito das operações *sub examine* era o de suprimir o pagamento de IOF sobre elas incidente. Houve simulação, isto é, a vontade real não correspondia à declarada.

Dá-se a simulação quando as partes, previamente acordadas, emitem uma declaração divergente da verdadeira intenção com o intuito de enganar terceiros. O art. 167 do Código Civil diz ser nulo o negócio jurídico simulado, enfatizando em seu § 1º, inciso II, que assim deve ser considerada a transação que contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

Neste diapasão, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional estabelece que a autoridade administrativa pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

O acusado, na condição de Diretor Financeiro, representava a empresa na época dos fatos, conforme fl. 281 do apenso II, assinava documentos e tinha poder decisório, conforme relato de testemunhas. O acusado não negou tal qualidade. Restou apurado que o acusado viajava constantemente para a Itália, onde se situava a matriz, e para cá periodicamente de lá acorriam outros dirigentes.

As oitivas colhidas, e o acusado não nega, demonstram que ocupava ele posição de proeminência na empresa, dava ordens, enfim praticava atos de gestão. Sua responsabilidade não pode ser afastada pelo simples fato de ser “empregado” da empresa, recebendo “ordens diretas da matriz”. Tais aspectos apenas revelariam a existência de autoria mediata ao lado da imediata por ele perpetrada.

O acusado, portanto, tinha pleno conhecimento dos fatos ilícitos imputados, deles participando ativamente na qualidade de gestor da empresa.

A conduta realizada pelo acusado amolda-se como luva ao tipo penal imputado, nada tendo que ver com a hipótese do artigo 2º da Lei, o qual não exige a efetiva ocorrência do resultado, daí o caráter formal desse delito, ao passo que o artigo 1º traz uma espécie delitiva de natureza material.

Assim é que o tipo penal imputado ao acusado está assim descrito na Lei 8.137/90:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Trata-se de *crime material*, porquanto para a sua configuração exige-se a efetiva produção do resultado, consistente na *supressão* ou *redução* de tributo ou contribuição.

Segundo a doutrina majoritária, o *sujeito ativo*, tratando-se de contribuinte pessoa jurídica, é o administrador ou gerente da empresa. Sendo pessoa física, quem age conforme o tipo. O *sujeito passivo* é o Estado.

O *objeto jurídico* do crime é a arrecadação tributária (para outros o regular funciona-

mento do sistema tributário). O *dolo* é o elemento subjetivo fundamental do crime, não se admitindo a forma culposa.

Ressalte-se que nos citados incisos I e II a norma estabelece forma de *conduta omissiva*. Está-se diante de *crime omissivo impuro* ou promíscuo, também chamado *comissivo por omissão*, segundo o qual o agente tem o dever jurídico de agir, mas se queda inerte. Conforme preleciona FERNANDO CAPEZ, *verbis*:

Como consequência, o omitente não responde só pela omissão como simples conduta, mas pelo resultado produzido, salvo se esse resultado não lhe puder ser atribuído por dolo ou culpa (*in* “Direito Penal Parte Geral”, São Paulo: Edições Paloma, 2001, p. 82).

É cediço que nos chamados *crimes materiais* a consumação reclama a produção de resultado. Adota-se, neste caso, a *teoria naturalística* do resultado, havendo necessariamente correspondência ou nexos causal entre este e a conduta do agente.

Nos *delitos omissivos*, entretanto, a *causalidade é normativa* (teoria jurídica), pois a omissão só é relevante, segundo o magistério de DAMÁSIO DE JESUS, quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado (*in* “Código Penal Anotado”, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37).

O que importa, aqui, é que o resultado ocorre porque o agente deixa de realizar a conduta a que estava juridicamente obrigado. A omissão, portanto, é penalmente relevante quando o agente dá causa ao resultado por não cumprir uma obrigação legal.

Na hipótese abstrata da lei explicitada anteriormente, a *conduta negativa* descrita nos incisos do *artigo 1º* remete a obrigações acessórias as quais o contribuinte estaria legalmente sujeito. Tais deveres estão descritos em normas extrapenais. Assim, cabe ao contribuinte declarar rendimentos; manter registros de operações; deve prestar informações às autoridades fazendárias; observar os regulamentos atinentes a cada espécie tributária, etc.

As disposições penais em comento, portanto, têm *preceitos indeterminados* quanto ao seu conteúdo. Classificam-se, por conseguinte, em *normas penais em branco*, que devem ser complementadas por outras normas.

No caso concreto, o acusado omitiu a realização de operações de câmbio, mediante fraudulentas transações de compra e venda de títulos públicos.

O quadro probatório, pois, corrobora em parte a acusação. Vultosos valores em dólares foram convertidos em moeda nacional à margem da lei, causando a efetiva supressão do imposto incidente (IOF).

Em ocasiões distintas, mas sempre nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, o acusado suprimiu o pagamento de IOF entre os meses de fevereiro de 2000 a julho de 2001, devendo, portanto, incidir a regra do artigo 71 do Código Penal.

De outro giro, deve-se assinalar que os recursos movimentados pelo acusado eram de grande monta e, por isso, substancialmente quantia de tributos acabaram sonegados. Tais recursos, diante da liberdade de mercado, é verdade, poderiam ser utilizados pelo capitalista como melhor lhe aprouvesse, entretanto, suas escolhas devem, sim, ser analisadas e valoradas como *circunstâncias do crime*.

A *responsabilidade social* da empresa é uma exigência de sociedades esclarecidas. O empresário que mira sua atuação na produção, no bem estar social e coloca seu capital a serviço da verdadeira função social a que se destina constitucionalmente, não pode ser tratado da mesma forma que o empresário que busca exclusivamente lucros, atua egoisticamente, não

destinando sequer os recursos legais para o bem da coletividade. Tal circunstância do crime merece reprovação.

No caso, a par da utilização de vultosas quantias para fins de aproveitamento exclusivo da empresa, egoístico, o acusado sonegou parcela considerável do capital que poderia ser empregado em benefício da sociedade através da tributação incidente. Tal circunstância agrava a conduta.

O valor do imposto sonegado é considerável e passível de acarretar grave dano à coletividade, pois o montante corrigido atinge a cifra de quase *cento e cinquenta milhões de reais*. Incide à hipótese o *artigo 12, I, da Lei 8.137/90*.

Para que se tenha uma ideia do dano causado, na época dos fatos o Governo Federal gastava por *aluno no ensino fundamental* cerca de R\$300,00 ao ano. A União tem o dever de investir no mínimo 18% do que arrecada em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212 da CF). Implica dizer que a conduta do acusado *sonegou educação a pelo menos 36.000 crianças*, hoje adultas e possivelmente muitas delas marginalizadas e atuando no crime.

Nessa linha, ainda, constata-se que o *valor sonegado* poderia construir, pelo menos, *2.150 casas populares*, segundo dados colhidos em sites especializados. Na *saúde*, tomando-se por base o gasto anual per capita realizado no Brasil, os valores sonegados poderiam suprir as necessidades de cerca de *125.000 pessoas*. Isso não é pouco!

Conclui-se que a causa de aumento da pena prevista no inciso I do artigo 12 da Lei 8.137 deve ser analisada, não à luz do montante arrecadado pela União em determinado período, como pretende a defesa, mas pela dimensão dos efetivos danos gerados pela conduta delituosa. Em outras palavras, a magnitude dos prejuízos há de ser medida pelo que o Estado deixou de fazer por força dos recursos sonegados.

O acusado, portanto, realizou objetiva e subjetivamente as elementares descritas no artigo 1º, II, c.c. 12, I, ambos da Lei 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP), incorrendo em *conduta típica*; não lhe socorrendo nenhuma causa justificante, é também *antijurídica sua conduta*; imputável e possuindo potencial conhecimento da ilicitude do fato, era exigível do acusado, nas circunstâncias, conduta diversa, sendo, pois, *culpável*, passível de imposição de pena.

Passo à dosimetria da Pena:

Fixo-lhe a pena-base de 04 (quatro) anos de reclusão, acima do mínimo legal, a teor do artigo 59 do Código Penal, considerando a circunstância do crime acima descrita e o fato de responder o acusado a outros processos criminais, revelando má conduta social. Não existem agravantes ou atenuantes. Em face do que dispõe o *artigo 12, I, da Lei 8.137, aumento de 1/3 a pena corporal*, elevando-a para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Aplicada a regra do artigo 71 do CP, sendo vários os delitos praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, aumento a pena de 1/3, *tornando definitiva a pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão*.

Nos termos do artigo 33, § 2º, “b”, e 3º, do Código Penal, o *regime inicial* de cumprimento da pena privativa de liberdade será o *semiaberto*, adotadas as regras do artigo 35 do mesmo diploma legal.

Fixo, ainda, a *pena pecuniária de 27 (vinte e sete) dias-multa*, acima do mínimo por força da motivação supracitada (circunstâncias do crime, má conduta social e causa de aumento, além da continuidade delitiva), no *valor unitário de dois salários mínimos vigentes à época*,

considerando demonstrar o acusado capacidade econômica, sendo um executivo bem sucedido (art. 60 do CP), devendo incidir correção monetária a partir do trânsito em julgado da sentença.

Incabível o *sursis* ou a substituição da pena privativa, tendo em vista ausência dos requisitos objetivos e subjetivos do benefício.

Em face do que dispõe a regra instituída no *inciso IV do artigo 387 do CPP* (Lei 11.719/2008), fixo ao acusado, a título de *reparação dos danos causados à coletividade*, o valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), tendo em vista os motivos mencionados.

O acusado sonogou vultosa quantia que deveria ter sido arrecada pela União, a quem cabe direcionar no *mínimo 18% de sua arrecadação em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino*, conforme determina o artigo 212 da Constituição Federal.

Na época dos fatos, conforme aludido anteriormente, o montante sonogado pelo acusado poderia suprir o ensino de quase 36.000 crianças.

Atualmente, segundo dados do Ministério da Educação, o *custo aluno/ano* é de R\$ 2.600,00, conforme se infere do endereço http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=866&id=15519&option=com_content&view=article.

E, mesmo atualizando-se o valor sonogado pelo acusado, percebe-se que o mesmo não supre o ensino nem da metade de alunos que o valor histórico podia fazê-lo. Hoje o valor atualizado do tributo devido, calculado à base de 18% para a educação, poderia financiar 10.300 alunos, bem menos do que o valor histórico à época dos fatos. O prejuízo, pois, é irreparável.

O valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão) a título de reparação de danos é estabelecido em função de ser o acusado empregado graduado, executivo, sendo compatível com sua condição, certo que o Fisco deverá buscar nas vias cíveis a execução do montante devido pela empresa.

III - DISPOSITIVO

Diante disso, tendo presentes os motivos expendidos, e o mais que dos autos consta, *julgo parcialmente procedente o pedido* deduzido na denúncia para *condenar* CARLOS DE SOUZA MONTEIRO, qualificado nos autos, pela prática do crime descrito no *artigo 1º, II, c.c. art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90*, em continuidade delitiva (art. 71 do CP), à *pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos, 01 (um) mês e (dez) dias de reclusão*, a ser cumprida em regime prisional semiaberto, e à *pena pecuniária de 27 (vinte e sete) dias-multa*, no valor unitário de dois salários mínimos vigentes à época, corrigido a partir do trânsito em julgado da sentença, tudo conforme anteriormente consignado, ficando *o acusado absolvido dos demais delitos imputados neste processo*, a teor do *artigo 386, III, do CPP*.

Nos termos do *inciso IV do artigo 387 do CPP* (Lei 11.719/2008), fixo ao acusado, a título de *reparação dos danos causados à coletividade*, o valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (*um milhão de reais*) a ser depositado em favor do Governo Federal para destinação exclusiva ao ensino fundamental.

O acusado poderá apelar em liberdade, a teor do artigo 594 do CPP. Após o trânsito em julgado da sentença, lance-se o seu nome no rol dos culpados e comunique-se a Justiça Eleitoral para os fins do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal.

Custas *ex lege*.

P.R.I.C.

São Paulo, 08 de setembro de 2014.

Juiz Federal ALI MAZLOUM

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0020172-59.2009.4.03.6100**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Assistente: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - ABAPI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: LEILA PAIVA MORRISON

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2014

I. Relatório

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpôs a presente ação civil pública em face da UNIÃO FEDERAL e do INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL-INPI objetivando a concessão de provimento jurisdicional que determine aos Requeridos que promovam o livre acesso de todos os cidadãos ao peticionamento no INPI para fins de pedido de registro de marcas e concessão de patentes, sem a exigência de “habilitação especial”, afastando-se a incidência do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946; da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998; das Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008, e demais normas regulamentadoras contrárias ao disposto pelo artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República.

O Ministério Público Federal pleiteou, ainda, a concessão de antecipação dos efeitos da tutela judicial, no sentido de que seja operacionalizado o livre acesso no prazo de cento e vinte dias, com a fixação de multa diária, em caso de descumprimento da ordem judicial.

Argumenta o Ilustre *Parquet* Federal, em síntese, que a obrigatoriedade de habilitação especial para o protocolo de pedido e acompanhamento de registro de propriedade industrial viola a liberdade de exercício profissional, preconizada no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República e no artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A petição inicial foi instruída a fls. 08/193 com peças informativas do Expediente Administrativo nº 1.34.001.001158/2009-08, que tramitou perante o Ministério Público Federal, bem como recebeu emenda a fls. 485/486v.

O referido Expediente foi iniciado por meio de Reclamação que originou a Representação Civil nº 43.161.63/09, deduzida ante a Promotoria de Justiça do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em observância aos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437, de 30.06.1992, foram ouvidos os representantes judiciais dos Corréus, conforme determinado pelo despacho de fl. 196.

O INPI, devidamente intimado, apresentou manifestação sobre o pedido de antecipação de tutela, por meio da qual juntou os documentos de fls. 204/265 e defendeu a impossibilidade de outorga da tutela de urgência almejada.

Por sua vez, a UNIÃO FEDERAL veio a fls. 266/283, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e, no mais, defendeu a ausência de requisitos para a concessão da antecipação da tutela jurisdicional.

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL –

ABAPI requereu a fls. 284/479 o seu ingresso no polo passivo da demanda e a denegação da tutela de urgência. Desde logo, foi deferido a fl. 483 a sua intervenção no feito na qualidade terceiro.

Em face das manifestações, o Autor, instado a esclarecer o pedido, aduziu a fls. 485/486v, em síntese, que as exigências do INPI acerca da qualificação do agente da propriedade industrial não têm base legal, pois foram veiculadas por Resoluções e Atos Normativos expedidos pelo próprio Instituto e por Portarias emanadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, acrescentando que a exigência de “habilitação especial”, configurada pela exigência de realização de exame público, não poderia prevalecer, até porque o referido exame não foi realizado pelo INPI durante dez anos.

Em manifestação complementar veio o INPI, a fls. 489/493, com os documentos de fls. 494/501, e a UNIÃO, a fls. 503/507.

A UNIÃO apresentou contestação a fls. 510/525, aduzindo, em sede de preliminares, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, inépcia da petição inicial por impropriedade do pedido e a carência de ação, devido à inviabilidade da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido formulado.

A Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial – ABAPI, devidamente intimada (fl. 527), manifestou-se a fls. 533/538 com os documentos de fls. 539/568.

O INPI contestou o feito a fls. 569/589, com documentos de fls. 590/608, afirmando, preliminarmente, a inadequação da via eleita e a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. No mérito, sustentou a necessidade de profissional devidamente habilitado para atuar em pleitos administrativos correlatos ao registro de propriedade industrial.

A antecipação dos efeitos da tutela judicial foi deferida por meio da decisão de fls. 610/613v, que afastou as preliminares aduzidas, bem como determinou ao INPI que se absteresse de impedir a atuação de todo e qualquer cidadão para fins de registros de marcas e concessão de patentes, independentemente da exigência de “habilitação especial”, afastando a aplicação da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998 e das Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008, e, ainda, instou as partes sobre a produção de provas.

Foram apresentados embargos de declaração em face da referida decisão pelo INPI, a fls. 623/625, e pela ABAPI, a fls. 628/630. A decisão de fls. 631/632 recebeu e, no mérito, rejeitou estes últimos, ante a ausência dos erros materiais apontados na decisão embargada. Contudo, os embargos de declaração do INPI foram conhecidos e providos para suprir omissões quanto ao prazo para cumprimento da decisão concessiva de antecipação de tutela, o qual foi fixado em 120 (cento e vinte) dias da intimação da decisão dos referidos embargos.

A UNIÃO requereu, a fls. 644/644v, o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Foram interpostos dois recursos de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, pela UNIÃO, a fls. 665/675v, e, pelo INPI, a fls. 676/716, contra as decisões de concessão da antecipação da tutela (fls. 610/613v) e de apreciação dos embargos de declaração (fls. 631/632).

A ABAPI, devidamente citada, apresentou a contestação de fls. 726/740, com os documentos de fls. 741/820, pugnano no mérito pela improcedência da presente ação.

O *Parquet* Federal, instado pelo despacho de fl. 821, apresentou réplica a fls. 824/829, rebatendo todos os argumentos das contestações apresentadas pelos Requeridos, bem como pedindo o julgamento antecipado da lide.

A fls. 833/850, vieram as cópias das respeitáveis decisões do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por meio das quais foram indeferidos os pedidos de efeito suspensivo nos três recursos de agravo de instrumento noticiados - INPI (fls. 834/838), ABAPI (fls. 839/844) e UNIÃO (fls. 845/850).

A ABAPI requereu, a fl. 854, a produção documental e oral, mediante a oitiva de testemunhas.

A UNIÃO, por meio da quota de fl. 857, reitera o pedido de fl. 644, pedindo o julgamento antecipado da lide.

Em cumprimento da decisão antecipatória de tutela, o INPI veio, a fls. 858/860, noticiar a expedição da Resolução INPI nº256, de 17.09.2010.

Além disso, em atenção ao despacho determinando a manifestação sobre a produção de provas, o INPI pediu a juntada dos documentos de fls. 861/911, relativos à ocorrência de abusos cometidos por agentes não cadastrados e inabilitados, requerendo prorrogação de prazo para a juntada de outros documentos, o que foi indeferido pela decisão de fl. 912, que também determinou a manifestação do Ministério Público Federal e a regularização da representação da ABAPI, que o fez pela petição de fls. 1091/1100.

O INPI, não obstante, trouxe outros documentos com o mesmo conteúdo relativo a abusos cometidos por agentes não cadastrados e inabilitados, a fls. 915/1090.

O Ilustre *Parquet* Federal esclareceu, a fls. 1104/1104v, sobre as providências realizadas quanto aos documentos de fls. 816/911, bem como pediu o desentranhamento daqueles trazidos a fls. 916/1090.

O INPI, em face do indeferimento da prorrogação de prazo para produção de novos documentos, interpôs o recurso de agravo retido de fls. 1106/1112.

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL - ABPI pleiteou seu ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, a fls. 1113/1145.

O feito foi saneado pela decisão de fls. 1149/1153, que afastou todas as preliminares arguidas, fixou os pontos controvertidos, afastou a necessidade de produção de novos documentos e da prova oral requerida pela assistente ABAPI, bem assim indeferiu o ingresso da ABPI no feito como *amicus curiae*.

Em face da aludida decisão, a ABAPI opôs embargos de declaração de fls. 1156/1162, os quais foram conhecidos e parcialmente providos apenas para afastar o erro material na publicação, tendo sido determinada a republicação, conforme decisão de fls. 1164/1164v.

A ABPI recorreu da decisão saneadora, conforme fls. 1169/1181, por meio de agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento conforme mensagem eletrônica de fls. 1183/1186, noticiando a r. decisão do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A FUNDACIÓN ASIPI formalizou o pedido de ingresso na presente demanda como *amicus curiae*, por petição, a fls. 1187/1279.

Por sua vez, a ABAPI interpôs recurso de agravo retido, a fls. 1280/1300, contra a decisão de fls. 1164/1164v, que acolheu tão somente em parte os embargos de declaração opostos em face à decisão saneadora. E, ato contínuo, peticiona, trazendo documentos de fls. 1302/1307, no sentido de comprovar a necessidade de regulamentação da atividade de agente da propriedade industrial.

Intimado, o Ministério Público Federal apresentou, a fls. 1314/1315 e 1316/1317v, as contraminutas dos agravos retidos interpostos as fls. 1106/1112 e 1279/1299.

Foi indeferido o ingresso da Fundación ASIPI, na qualidade de *amicus curiae*, pela decisão de fl. 1331, que considerou prejudicados o agravo retido e a respectiva contraminuta interpostos, ante a reconsideração em parte da decisão de fls. 1149/1153, com o parcial acolhimento dos embargos declaratórios as fls. 1164/verso.

Foram julgados os agravos de instrumentos e, verificado o trânsito em julgado, procedeu-se ao traslado de cópia das r. decisões do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negaram provimento aos recursos interpostos pelo INPI, a fls. 1326/1330v, e pela UNIÃO, a fls. 1339/1343, contra a decisão concessiva da antecipação de tutela judicial.

Em face da decisão que indeferiu o ingresso da Fundación ASIPI no feito, foi noticiada a interposição de agravo de instrumento, cuja cópia fora acostada a fls. 1345/1373, tendo sido indeferido o efeito suspensivo pleiteado, nos termos da r. decisão da Colenda Corte Federal da 3ª Região, comunicada a fls. 1374/1377.

A ABAPI ofereceu Memoriais, a fls. 1381/1387, reiterando o argumento da ocorrência de *periculum in mora* inverso, por força da decisão liminar concedida, na medida em que inviabilizaria a continuidade dos trabalhos desenvolvidos pela autarquia para regular a profissão de agente da propriedade industrial, dando ensejo à insegurança jurídica a essa categoria profissional.

Sobreveio comunicação eletrônica informando acerca do improvimento do agravo de instrumento interposto pela ABAPI em face da decisão que concedeu a antecipação de tutela, a fls. 1390/1393v, bem como da decisão de fls. 1394/1398, que rejeitou os embargos de declaração opostos.

Foi negado seguimento ao agravo de instrumento interposto pela ABPI contra a decisão que indeferiu seu ingresso no feito como *amicus curiae*, sendo que, a fls. 1404/1410, foram trasladadas as cópias da r. decisão do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, transitada em julgado.

Da mesma forma, foi negado provimento ao agravo de instrumento interposto pela Fundación ASIPI quanto ao seu pedido de ingresso na qualidade de *amicus curiae*, conforme cópias da r. decisão da Egrégia 4ª Turma do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região a fls. 1411/1416.

É o relatório.

DECIDO.

II. Fundamentação

Trata-se de ação civil pública por meio da qual o Ministério Público Federal traz a deslinde questão relacionada à inexistência de qualificação específica no ordenamento jurídico brasileiro atual para o exercício da profissão denominada Agente da Propriedade Industrial, razão por que pede seja conferido a todos, independentemente de qualificação especial, o direito de pleitear perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, doravante INPI.

O pedido de desentranhamento dos documentos trazidos pelo INPI a fls. 916/1090 há que ser indeferido, pois não apenas reiteram fatos passados.

A decisão saneadora, a fls. 1149/1153, enfrentou as preliminares, revisitando, inclusive, aquelas já aferidas por ocasião da concessão da antecipação da tutela judicial. Não obstante, uma última anotação se faz necessária: trata-se de afastar o argumento segundo o qual a eventual declaração de inconstitucionalidade de lei, no caso do Decreto-Lei nº 8.933, de

26.01.1946, não poderia ser objeto de ação civil pública, sob pena de se usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal.

Porém, não há óbice à utilização da ação civil pública para suscitar - *incidentalmente* - a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, visto que se amolda ao controle difuso de constitucionalidade, permitido a todos os órgãos do Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição. A questão será solucionada como matéria prejudicial, até porque o pleito inicial não diz respeito à declaração de inconstitucionalidade propriamente dita. Já nas ações diretas de inconstitucionalidade, que competem à Egrégia Suprema Corte, com exclusividade, discute-se a retirada de uma lei do ordenamento jurídico, com efeitos *erga omnes*.

Destaque-se, a propósito, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, da lavra do Exmo. Ministro aposentado Néri da Silveira, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 2. Entendimento desta Corte no sentido de que “as ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.” 3. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público. (RE nº 227.159-4/GO, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17-05-2002)

Assim, verifica-se a presença dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como das condições da ação, conforme verificado por ocasião do saneamento do feito nos termos da decisão de fls. 1149/1153, e, ainda, a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla, razão por que é mister examinar o mérito.

O *Parquet* Federal pleiteia ordem judicial que evidencie o reconhecimento de que não existe norma legal na ordem jurídica brasileira que estabeleça os requisitos ao exercício do ofício de agente da propriedade industrial. Os Requeridos, no entanto, defendem a improcedência do pleito, pois consideram atendido o inciso XIII do artigo 5º da Constituição da República, mediante o disposto pelo Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, na Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, e nas Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008.

A solução da presente lide exige sejam identificadas na ordem jurídica brasileira quais são as normas legais válidas que, em atendimento ao inciso XIII do artigo 5º do Texto Constitucional, estão a disciplinar (a) a qualificação profissional para o exercício do ofício de agente da propriedade industrial e, ainda, (b) as atribuições do INPI na qualidade de entidade fiscalizadora do ingresso e do exercício na carreira.

Objetivando o desate dos referidos pontos e seus desdobramentos, abre-se espaço à necessária investigação que será realizada sob a ótica da dogmática jurídica aplicada ao sistema, buscando-se, portanto, a solução no bojo do ordenamento jurídico nacional atual. De tal forma que a parte da fundamentação baseada em abordagem zetética, ainda que utilizada pontualmente, a título de exemplificar, não será considerada para fins da decisão final.

É bom ressaltar que os juízos de valor que norteiam a presente sentença estão voltados à garantia da efetividade da Constituição da República de 1988. Esta magistrada, como aplicadora do direito ao caso concreto, procurou nortear-se por princípios constitucionais, despojando-se

da discricionariedade, que não coaduna com a prestação do serviço judicial, para privilegiar os parâmetros condizentes à busca do valor segurança jurídica.

Merecem registro a qualidade e o esmero dos argumentos contidos nas petições das partes, pois todos, por meio de seus Patronos, buscaram trazer ponderações e argumentos apropriados ao enriquecimento do debate imprescindível à solução da lide, os quais foram sopesados com cuidado e respeito.

É necessário reconhecer que, independentemente da disciplina jurídica aplicável à profissão de Agente da Propriedade Industrial, aqueles que desenvolvem essa atividade são dignos de respeito e consideração.

Não obstante, a questão posta a desate envolve a real situação legal da profissão de agente da propriedade industrial, mais precisamente a verificação da existência de previsão de normas, por meio de lei, sobre a qualificação profissional que os diferencia como detentores de especiais atributos técnicos mínimos, cuja comprovação deve ser pré-requisito para o ingresso na carreira.

O Ministério Público Federal faz pedido procedente.

As premissas defendidas pelo INPI, pela UNIÃO e pela ABAPI têm por objetivo demonstrar que todos os cidadãos podem postular perante o INPI: seja o próprio inventor ou, mediante representação, somente o advogado ou agente da propriedade industrial. Esse raciocínio objetiva enfatizar que não existe restrição ou obstáculo ao exercício do direito do inventor, uma vez que cabe ao INPI somente regular a destreza e aferir as habilidades do agente da propriedade industrial, que atua por meio de instrumento de procuração, não havendo qualquer exigência quando se trata de pedido deduzido pelo inventor, que já possui pleno acesso ao peticionamento, de tal forma que a presente ação não teria razão de ser.

Nesse sentido, defendem os Requeridos que o INPI está a exigir habilitação especial dos agentes da propriedade industrial com fundamento no artigo 5º, inciso XIII da Constituição da República, bem como nas leis específicas recepcionadas pelo Texto Magno, as quais não foram revogadas. Insistem que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, e a Portaria nº 32/1998 preenchem os requisitos de necessidade de reserva de lei para fins de estabelecimento de qualificação e habilitação técnicas mínimas à carreira de agente da propriedade industrial, cabendo ao INPI a fiscalização das condutas, aplicação de penalidades de advertência, suspensão e cancelamento da habilitação.

Entretanto, ao contrário, a questão nunca foi pacífica, como será abordado adiante. Mas, desde logo, cabe pontuar que, após a criação do Código da Propriedade Industrial de 1971¹, o INPI não exigia nenhuma qualificação especial, chegando, até mesmo, a considerar extinta a atividade de agente da propriedade industrial, por meio de Parecer publicado na Revista da Propriedade Industrial-RPI, de 30.08.1973, o qual foi deveras criticado.²

1 "Tramitava em 1970 um novo projeto do Código da Propriedade Industrial. Ao contrário de 1967 e 1969, ocasiões em que o governo baixou os códigos através de decreto, dessa vez optou-se pela tramitação no Congresso. Mas existiam fortes razões para a escolha. O Congresso estava totalmente desfigurado. O governo tinha folgada maioria, forjada através de casuísmos eleitorais e dezenas de cassações de mandatos de parlamentares. (...)

Ao longo dos trabalhos legislativos que prepararam o código de 1971 surgiu pela primeira vez a proposta de supressão da exclusividade do procuratório. Segundo agentes, a ideia deve ter partido da direção do INPI. Mas proposta acabou transformada em uma emenda simples que deu margem a grande polêmica: o interessado podia ser representado por um procurador. Em 21 de dezembro de 1971, o projeto do código era aprovado pelo Congresso." Endereço eletrônico: <http://www.abapi.org.br/pdfs/livros/abapi50anos7.pdf>

2 "O impasse enfrentado pela categoria foi discutido em outubro de 1973, quando o Instituto dos Advogados do Brasil realizou o Seminário de Propriedade Industrial, que, entre outras, contou com palestra de Otto de Andrade Gil, sobre o tema: "O exercício profissional do advogado e do agente da Propriedade Industrial ante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial".

As divergências persistiram até que, com a promulgação da Constituição da República, em 05.10.1988, o assunto retornou à baila, conforme se pode extrair das palavras do então Senhor Presidente do INPI, em 22 de agosto de 1989, ao responder um ofício enviado pela ABAPI, que pedia o reinício do credenciamento dos agentes, esclarecendo que:

Em particular, quanto à vigência de disposições do Decreto-Lei n 8.933, de 26.01.46, sobre os agentes, como é consabido, não tem havido uniformidade de compreensão jurídica entre a ABAPI, de um lado, e o INPI e o MIC, de outro. A estas razões é de ressaltarem-se as disposições dos artigos 5º, XIII, e 70, § único³, da Constituição Federal, que demandam novos estudos. (fl. 329)

Naquela ocasião, a ABAPI atuou fortemente no sentido de prestigiar a categoria, conforme demonstram os documentos trazidos a fls. 284/479, que contêm a cópia de quatro Pareceres de renomados Juristas, a saber, Otto de Andrade Gil (fls. 319/328) Octavio Bueno Magano (330/346), Miguel Reale (fls. 347/372) e Gilberto Ulhôa Canto (fls. 394/460). Todos os Estudos prestigiaram a posição da ABAPI e concluíram que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, teria, ainda, validade, e que estaria a dispor sobre os qualificativos profissionais mínimos necessários a delinear a carreira dos agentes da propriedade industrial.

Entretanto, data máxima vênua aos Ilustríssimos Professores, não parece possível encontrar no texto do referido Decreto-Lei os atributos técnicos mínimos, mas apenas que o pretendente ao exercício do ofício seja brasileiro, maior de 21 anos, esteja em gozo de seus direitos políticos e que tenha idoneidade moral.

Isso só não basta para definir legalmente uma profissão.

Assim, torna-se essencial à solução da lide a abordagem dos tópicos imprescindíveis ao deslinde da questão, a saber: 1) o direito à propriedade industrial; 2) a garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho; 3) a definição legal de qualificativo profissional como proteção ao interesse público; 4) a atividade do agente da propriedade industrial como pessoa física e jurídica; 5) a competência da União para legislar sobre o exercício de profissões; 6) a evolução normativa com estatura de lei da disciplina da atividade de agente da propriedade industrial; 7) a atual ausência de norma legal válida sobre qualificações mínimas do agente da propriedade industrial no ordenamento nacional; 8) a invalidade das normas infralegais sobre a atividade de agente da propriedade industrial; 9) a estrita competência do INPI; 10) a inafastável observância dos princípios da legalidade e da reserva legal para estabelecer qualificações profissionais.

Vejamos.

1) O direito à propriedade industrial

A menção ao direito à propriedade industrial tem por objetivo apenas focar o âmbito em que se trava a busca da solução do presente litígio, na medida em que a discussão judicial se

Tratou-se de uma vasta defesa da profissão de agente da Propriedade Industrial, com severas críticas ao Código da Propriedade Industrial de 1971 e, particularmente, ao parecer de 30 de agosto de 1973, que considerou inexistente a profissão. A palestra proferida por Otto de Andrade Gil tornou-se documento referencial. (O artigo foi publicado na "Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros", Ano VIII, nº 46, março, 1974)". Endereço eletrônico: <http://www.abapi.org.br/pdfs/livros/abapi50anos7.pdf>

3 Redação original do parágrafo único do art. 70 da CR, mencionado pelo presidente do INPI: "Art. 70 (...) Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

estabelece na esfera da identificação dos representantes dos titulares de alguns desses direitos.

A Constituição da República de 1988 ressalta a proteção do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico e, para tanto, assegura, dentre os direitos e garantias individuais, a proteção ao inventor na forma do inciso XXIX do artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º (...).

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

Trata-se, conforme ensina José Afonso da Silva, de norma constitucional de eficácia limitada, a qual está integrada, atualmente, pela Lei nº 9.279, de 14.05.1996, a Lei da Propriedade Industrial.

Além disso, o Texto Magno prevê que é atribuição do Estado o apoio e o estímulo à ciência e à tecnologia, na forma do artigo 218, *in verbis*:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

2) A garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho

O cerne do problema recai sobre a discussão a respeito da observância do princípio constitucional da legalidade e da reserva de lei, no que se refere à efetividade do disposto pelo artigo 5º, inciso XIII, e, eventualmente, pelo artigo 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, que estabelecem, como regra geral, a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como de qualquer atividade econômica, a não ser que sejam estabelecidos requisitos especiais por meio de lei. Assim, dispõem as referidas normas constitucionais, *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. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Decorre das referidas garantias constitucionais que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Admite-se, no entanto, a possibilidade de criação de restrições ao exercício profissional ou à atividade econômica, contanto que estabelecidas por lei.

Qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos civis e não estando impedido por lei específica, pode exercer tanto a atividade profissional quanto a empresarial de sua preferência, cujo exercício, em princípio, é livre, independentemente de qualificações. Mas esta liberdade pode tornar-se limitada na medida em que a lei fixe pré-requisitos aos cidadãos interessados, caracterizando-se, dessa forma, a chamada profissão legalmente regulamentada.

Note-se que a norma do artigo 5º, inciso XIII, confere aos indivíduos um direito individual expresso ao trabalho, que segundo José Afonso da Silva⁴, consiste na escolha do ofício e, mais ainda, na liberdade de exercê-lo. Esse direito pode encontrar limitação 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.

Evidentemente, essa regra aplica-se ao ofício de agente da propriedade industrial, que precisa colher da lei os seus atributos profissionais mínimos. Cuida-se do princípio da reserva legal qualificada, porquanto 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, qual seja, a indicação de qualificação profissional.

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, atualmente aposentada, cuja ementa recebeu a seguinte redação, *in verbis*:

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”.

4 *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 68 e 107/108.

Acrescente-se, que seria possível, na tentativa de se traçar um paralelo, mencionar a exigência de capacidade postulatória para ingressar com ação judicial, a qual, segundo o sistema processual brasileiro, é oferecida tão somente ao advogado, salvo raras exceções. Isso porque, em seu artigo 133, a Constituição federal considera o advogado figura essencial e imprescindível à administração da justiça, de tal forma que a assistência de um profissional do direito legalmente habilitado proporciona segurança ao cidadão de que os seus direitos serão defendidos por um alguém apto a esse ofício.

Essa aptidão, segundo a Lei nº 8.906, de 04.07.1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, é configurada, nos termos de seu artigo 8º, pela inscrição do advogado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e, para tanto, se requer, além de capacidade civil, título de eleitor, comprovação do serviço militar, se brasileiro, idoneidade moral e aprovação em exame; e o diploma de graduação em direito, que configura justamente o grau de qualificação técnica estabelecido pela lei como mínimo.

3) A definição legal de qualificativo profissional como proteção ao interesse público

O caso julgado pela Colenda Corte Constitucional acima referido cuida da profissão do músico. Evidentemente, não se pode traçar um paralelo com o ofício dos agentes da propriedade industrial no que diz respeito à atividade propriamente dita. Assim como, não se afigura possível fazê-lo com outras profissões, pois cada uma tem o seu fascínio e a sua razão de ser. Não é esse o propósito. O que se busca é evidenciar os valores e princípios constitucionais aplicáveis à hipótese destes autos no que diz respeito à necessidade de criação de qualificativo profissional específico para atividade de agente da propriedade industrial, bem como se esses qualificativos são encontrados válidos e hígidos no ordenamento jurídico nacional atual e, ainda, se cabe ao INPI, aferi-los e fiscalizá-los.

Deveras, conforme se extrai do Texto Magno, a regra geral é a preservação da liberdade do exercício de qualquer trabalho, de tal forma que a criação de amarras não pode ser considerada como regra geral, mas, sim, exceção. Além disso, a eventual criação de limitação deve obedecer especificamente aos requisitos de forma e conteúdo. A forma, consistente em texto normativo veiculado por meio de lei e, por sua vez, o conteúdo, restrito ao trato da disciplina de “qualificações profissionais”.

Assim, 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. 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.

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.

Essas explicações são oferecidas com expressiva clareza pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, no voto proferido no RE nº 414.426/SC, cujo excerto, pela clareza, transcrevemos:

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 quali-

ficação, *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* disciplina normativa.

Também se revela incompatível com o texto da Constituição – *sob pena* de reeditar-se a *prática medieval das corporações de ofício, abolidas* pela Carta Imperial de 1824 (art. 179, XXV) – *a exigência* de que alguém, *para desempenhar*, validamente, atividade profissional, *tenha de se inscrever* em associação ou em sindicato para poder exercer, *sem qualquer restrição legal*, determinada profissão. (todos os grifos no original)

Advirta-se que o INPI, muito embora apresente defesa argumentando sobre a imprescindibilidade da habilitação técnica, notícia que oferece pleno acesso aos cidadãos, conforme afirma:

(...) o INPI faculta e incentiva o acesso livre e direto dos serviços da propriedade industrial aos próprios interessados (requerentes de direitos de propriedade industrial), sem a intermediação de qualquer procurador, tendo sido um dos pioneiros no serviço público de disponibilização, via “internet”, dos serviços de proteção. Exemplo dessa disponibilidade é a frequente adesão ao sistema e-inpi, que *possibilita ao usuário, de forma direta e sem a intermediação de procuradores*, requerer de sua casa, por meio de computador, o seu pedido de registro de marca e demais serviços derivados, bem como acompanhar as decisões publicadas nas revistas de propriedade industrial, sem o pagamento de quaisquer honorários profissionais (fl. 214). (grifamos)

De outra parte, não obstante o INPI defenda a facilidade de acesso de todos os usuários ao sistema *e-inpi*, ressalta que as atividades relativas à propriedade industrial envolvem conhecimento especializado, enfatizando que

o mandato, em casos tais, engloba uma complexidade de atos que o Procurador deve praticar em benefício de seu representado. Entre eles citam-se os requerimentos de marca e desenho industrial e procedimentos respectivos (busca, oposição, caducidade, defesa em processo administrativo de nulidade, prorrogação e extinção): correta elaboração de pedido de patente e seu acompanhamento, tarefa que abrange identificação do estado da técnica, resposta às exigências formuladas pelo INPI e recursos pertinentes; averbação de contratos de transferência de tecnologia e franquia; acompanhamento dos depósitos de software e dos direitos de topografia dos circuitos integrados.(fls.214/215)

Essa dicotomia revela que o INPI ainda não se decidiu sobre qual o caminho da acessibilidade seria o mais conveniente. A total abertura do peticionamento aos interessados, seus advogados e demais procuradores, ou, mediante a exigência de restrição, aplicável somente a estes últimos – “demais procuradores” – consistente na declaração de que possuem o título de agente da propriedade industrial, conferido pelo INPI àqueles que demonstrassem ser possuidores de determinados atributos.

É indiscutível que, nos últimos noventa anos, desde a criação do primeiro órgão da propriedade industrial e, especialmente, nos últimos quarenta e três anos, desde a instituição do próprio INPI, a evolução do estado da técnica promoveu sensíveis mudanças, inclusive, no próprio sistema de proteção de marcas e patentes, razão pela qual o acesso ao peticionamento

também passou por diferentes etapas até chegar à denominada era digital.

Nesse diapasão, o dinamismo da realidade social, que sempre impõe a evolução do ordenamento jurídico, está a evidenciar o dilema no qual se encontra o INPI, que precisa de instrumentos efetivos para o atendimento da sociedade, acompanhando a evolução digital, de forma segura e ágil, bem assim adequar-se aos ditames da lei. Assim, evidencia-se que, na ausência de norma legal válida sobre o que deve ser estabelecido como requisito de capacidade postulatória para peticionamento de terceiros, resolveu acolher os pedidos das Associações de Classe da profissão de agente da propriedade industrial e, assim, normatizar.

Todavia, não cabia ao INPI fazê-lo, porque, além de ser matéria da exclusiva competência do Legislador Federal, não se evidenciou qual o interesse coletivo a ser protegido, até porque, em princípio, cuida-se do direito privado do titular do bem da propriedade industrial, e, de outra parte, não há que se falar em potencial lesividade a demandar a disciplina normativa da atividade.

Nesse sentido, é interessante mencionar a manifestação do Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme o voto do Ministro Rodrigues Alckmin⁵, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 930/DF, por meio do qual foram enfatizadas as diretrizes da limitação consistente na imposição de capacidade profissional, nos seguintes termos, cujo excerto transcrevemos:

Assegura a Constituição, portanto, a liberdade do exercício de profissão. Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária. Tanto assim é que a cláusula final (“observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades. Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido. Que adiantaria afirmar “livre” o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse? (...) E ainda que, por força do poder de polícia, se possa cuidar, sem ofensa aos direitos e garantias individuais, da regulamentação de certas atividades ou profissões, vale frisar, ainda, que essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade. (...) Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão? Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade técnica. (...) São legítimas, conseqüentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. (REPRESENTAÇÃO 930/DF - Distrito Federal. Relator: Min. CORDEIRO GUERRA. Relator p/Acórdão: Min. RODRIGUES ALCKMIN, julgamento: 05/05/1976, por maioria de votos, Tribunal Pleno, DJ 02.09.1977).

Na hipótese, tratou-se de discutir a constitucionalidade da Lei nº 4.116, de 27.08.1962, que havia disciplinado o exercício da profissão de corretor de imóveis, estabelecendo restrições, que não se coadunavam, segundo o entendimento da Colenda Suprema Corte, ao interesse público na medida em que não representavam “condições de capacidade técnica”. Posteriormente, foi editada a Lei nº 6.530⁶, 12.05.1978, que regulamentou a profissão de corretor de

5 REPRESENTAÇÃO 930/DF - Distrito Federal. Relator: Min. CORDEIRO GUERRA. Relator p/Acórdão: Min. RODRIGUES ALCKMIN, Julgamento: 05/05/1976, Órgão Julgador: Tribunal Pleno

6 Art. 1º O exercício da profissão de Corretor de Imóveis, no território nacional, é regido pelo disposto na presente lei.

Art. 2º O exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitido ao possuidor de título de Técnico em Transações Imo-

imóveis, exigindo, para o seu exercício, o título de Técnico em Transações Imobiliárias, bem assim constituindo o Conselho Federal e os Conselhos Regionais como órgãos dotados de competência para disciplina e fiscalização.

4) A atividade do agente da propriedade industrial como pessoa física e jurídica

É certo que todas as atividades profissionais podem ser exercidas na forma de prestação de serviço - pessoa física - ou na modalidade empresarial - pessoa jurídica, sendo que a Constituição⁷, como visto, prestigia a total liberdade do exercício de ambas, a não ser que a lei estabeleça condições prévias que indiquem qualificativos, habilidades ou conhecimentos específicos.

O Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946 refere-se à atuação do agente da propriedade industrial na qualidade de pessoa física ou jurídica, nos termos de seus artigos 3º, 8º e 9º, *in verbis*:

Art. 3º Só poderão exercer quaisquer atos perante o Departamento:

I – os próprios interessados, pessoalmente;

II – os agentes Propriedade Industrial;

III – o advogados legalmente habilitados.

.....

Art. 8º: Como Agente poderá: inscrever uma entidade com personalidade jurídica e, nesse caso, os respectivos componentes deverão possuir a qualidade prevista nos incisos II e III do art. 3º deste Decreto-Lei.

Parágrafo único. Para o efeito dessa inscrição, serão apresentados ao Departamento os respectivos contratos sociais estatutos ou outros documentos da constituição da entidade requerente mediante o pagamento da taxa de cem cruzeiros (Cr\$ 100,00), em estampilhas opostas no requerimento da matrícula.

Art. 9º O Agente poderá sob sua responsabilidade indicar até dois prepostos para auxiliarem os seus trabalhos, de acordo com as instruções que forem expedidas.

Decorre das normas transcritas que o INPI, então Departamento Nacional da Propriedade Industrial, deve fiscalizar tanto a atividade profissional do agente da propriedade industrial, quanto a sua atuação empresarial. Por isso, sob este aspecto, para fins de delimitar o alcance

biliárias.

Art. 3º Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária. Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo poderão ser exercidas, também, por pessoa jurídica inscrita nos termos desta lei.

Art. 4º A inscrição do Corretor de Imóveis e da pessoa jurídica será objeto de Resolução do Conselho Federal de Corretores de Imóveis.

Art. 5º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais são órgãos de disciplina e fiscalização do exercício da profissão de Corretor de Imóveis, constituídos em autarquia, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério do Trabalho, com autonomia administrativa, operacional e financeira.

Art. 6º As pessoas jurídicas inscritas no Conselho Regional de Corretores de Imóveis sujeitam-se aos mesmos deveres e têm os mesmos direitos das pessoas físicas nele inscritas. Parágrafo único. As pessoas jurídicas a que se refere este artigo deverão ter como sócio gerente ou diretor um Corretor de Imóveis individualmente inscrito.

Art. 7º Compete ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais representar, em juízo ou fora dele, os legítimos interesses da categoria profissional, respeitadas as respectivas áreas de competência.”

7 CR art. 5º, XIII, e 170, parágrafo único.

da presente decisão judicial, há que se realizar a análise das disposições do Código Civil com o objetivo de avaliar se há necessidade de investigação sob o ângulo do exercício de atividade econômica ou apenas e tão somente da atividade profissional.

O artigo 966 do Código Civil estabelece:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Assim, por se tratar de atividade intelectual, o agente da propriedade industrial, ainda que constituído sob a forma de pessoa jurídica, não exerce, segundo o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, atividade econômica de natureza empresarial, mesmo que com o concurso de auxiliares.

Neste sentido é a conclusão dos Enunciados 193 a 195 da III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Egrégio Conselho Federal de Justiça⁸, que estabelecem:

193 – Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.

194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

195 – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

Portanto, não serão invocados, como fundamentos da presente sentença, os pontos relacionados ao dever de controle pelo INPI de eventual atividade econômica empresarial do agente da propriedade industrial, passando-se ao largo das questões relacionadas ao chamado “elemento de empresa”, haja vista excederem os limites da presente decisão, embora o artigo 8º do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, esteja a referir a possibilidade de registro de pessoa jurídica na área da propriedade industrial.

Assim, abordar-se-ão, exclusivamente, os temas imbricados com a necessidade de regulamentação da profissão de agente da propriedade industrial como atividade intelectual.

5) A competência da União para legislar sobre o exercício de profissões

Como já pontuado, o direito à prática de trabalho, ofício ou profissão poderá sofrer limitações mediante o estabelecimento da necessidade de qualificações profissionais, conforme anunciado pelo artigo 5º, inciso XIII, do Texto Magno.

Essas verdadeiras restrições demandam o exercício da função legislativa, por meio do Congresso Nacional, ao qual foi atribuída a competência para estabelecer os critérios válidos que poderão dar ensejo a tratamento diferenciado entre os cidadãos, na medida em que o direito de exercer uma atividade poderá ser delimitado a um grupo que se amolde aos requisitos pré-determinados.

⁸ Endereço eletrônico: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>

Daí advém a importância da fixação de toda e qualquer limitação ao direito individual expresso ao trabalho somente por meio de texto de lei, sob pena de se malferir também o princípio da igualdade.

Além disso, a Constituição confere apenas e tão somente à União a competência exclusiva para dispor sobre qualificações profissionais que podem ser exigidas em relação a determinados trabalhos, ofícios ou profissões, na forma do artigo 22, inciso XVI, *in verbis*:

Art. 22. Compete *privativamente* à União legislar sobre:

.....
XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
.....

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (destacamos)

Não obstante o legislador constituinte tenha facultado a delegação aos Estados para legislar sobre a matéria, na forma do referido parágrafo único do artigo 22, o fato é que não existindo a lei complementar para tanto, somente o Congresso Nacional poderá produzir a norma legal para delinear uma profissão.

Veja-se, também, que não foi facultada ao Poder Legislativo federal qualquer margem de discricionariedade quanto à escolha do critério de diferenciação entre os trabalhadores, é dizer, todos são iguais perante a lei, a não ser que apresentem qualificações profissionais – específicas - que os autorize a exercer, com exclusividade, um ofício.

Dessa forma, não há como sustentar os argumentos dos Requeridos quanto ao pleno atendimento dos princípios constitucionais por meio das normas do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, que estaria a dispor sobre as qualificações profissionais do agente da propriedade industrial, pois não se pode extrair do bojo desse Decreto-Lei nenhuma regra que imponha demonstração de capacidade técnica para o exercício do ofício, como se fará a seguir.

6) A evolução normativa com estatura de lei da disciplina da atividade de agente da propriedade industrial

A breve análise da evolução do sistema normativo brasileiro propriedade industrial, que se segue, objetiva identificar as normas aplicáveis à solução do presente litígio. Visa, portanto, à análise da criação dos qualificativos para a atividade do agente da propriedade industrial perante os órgãos controladores da proteção desses direitos, no País, a saber: a Diretoria Geral de Propriedade Industrial, transformada em Departamento Nacional da Propriedade Industrial e, atualmente, o INPI, que devem constar de lei emanada do Poder Legislativo federal.

As partes controvertem a respeito da validade do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, que, segundo os Requeridos, teria sido recepcionado pela Constituição da República de 1988 e, portanto, estaria apto a conceder fundamento às normas infralegais.

Vejam os pontos principais.

Decreto nº 16.264, de 19.12.1923

Em 1923, quando foi criada a Diretoria Geral de Propriedade Industrial, por meio do

artigo 1º do Decreto nº 16.264, de 19.12.1923, que estabeleceu o Regulamento da Propriedade Industrial, não havia referência expressa à atividade do agente da propriedade industrial, conforme a redação *in verbis*:

Art. 1º - Fica criada a Diretoria Geral da Propriedade Industrial, a qual terá a seu cargo os serviços de patentes de invenção e de marcas de indústria e de comércio, ora reorganizados, tudo de acordo com o regulamento anexo, assinado pelo Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio. (redação atualizada)

O referido Decreto previu, dentre outras regras, as atribuições conferidas aos integrantes do novel órgão federal, especificando as funções do diretor geral, consultores técnicos, chefes de seção, oficiais, porteiros, contínuos e serventes.

Os registros de patentes e marcas poderiam ser requeridos pelos próprios interessados, pessoalmente, nos termos dos artigos 41 e 89, mediante o depósito do pedido acompanhado dos documentos necessários.

Art. 41. O pretendente a privilegio de invenção deverá depositar na Diretoria Geral da Propriedade Industrial o seu pedido, acompanhado de um relatório, em duplicata, em que descreva com precisão e clareza a invenção, seu fim e modo de usá-la, além de plantas, desenhos, modelos ou amostras, também em duplicata, indispensáveis ao exato conhecimento da mesma invenção, de maneira que qualquer pessoa competente na matéria possa obter o produto ou o resultado, empregar o meio, fazer a aplicação ou usar do melhoramento de que se tratar.

Art. 89. Aquele que quiser registrar a sua marca depositará o respectivo pedido na Diretoria Geral da Propriedade Industrial, acompanhado: (...)

§ 1º O requerente deverá declarar:

- a) a sua nacionalidade, profissão e domicilio;
- b) si a marca é destinada a produtos ou artigos da indústria ou do comércio;
- c) a classe ou classes de produtos ou artigos a que a marca se destina, de acordo com a classificação adoptada por este regulamento. (...) (redação atualizada)

Não existia até então a disciplina jurídica da figura do agente da propriedade industrial.

Decreto nº 22.989, de 26.07.1933

Passados dez anos, ainda na vigência da Constituição de 1891, foi criada formalmente uma nova profissão, disciplinada por um novel Regulamento do Departamento Nacional da Propriedade Industrial, que fora editado pelo Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, baixado pelo Chefe do então Governo Provisório, que, em seu artigo 3º, dispôs sobre o novo ofício público denominado “Agente Público de Propriedade Industrial”, nos seguintes termos:

Art. 3º O exercício das funções de agente oficial de Propriedade Industrial passa a ter caráter do ofício público, em virtude de nomeação do ministro do Trabalho, Indústria e Comércio e provas de habilitação prestadas nos termos do regulamento a que alude o art. 1º.

À época, o Regulamento de 1933 estabeleceu que seria necessária a nomeação pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, para o exercício do ofício, após a aprovação em exame.

Foi dessa forma que nasceu a categoria, que passou a receber, com exclusividade, ao lado dos advogados e dos próprios interessados, a atribuição para a apresentação e o acompanhamento de pedidos perante o DNPI, conforme dispuseram as seguintes normas do Regulamento anexo ao Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, *in verbis*:

Art. 33. A nomeação do agente oficial de Propriedade Industrial será, feita pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio mediante habilitação prestada nos termos deste regulamento.

Art. 34. O Departamento Nacional da Propriedade Industrial terá, um registro especial, no qual serão inscritos, por ordem alfabética, todas as pessoas, firmas ou sociedades que possam ser matriculadas, de conformidade com as disposições deste regulamento, como agentes oficiais de Propriedade Industrial.

Parágrafo único. A inscrição ou matrícula no livro de que trata este artigo será feita mediante o pagamento da taxa de 100\$000 (cem mil réis), cobrada por selo de verba.

Art. 35. Só poderão apresentar e acompanhar pedidos do privilegio, registro de marcas de indústria e de comércio, e praticar outros atos relativos a esses pedidos no Departamento Nacional da Propriedade Industrial:

I, pelos próprios interessados, pessoalmente;

II, os agentes oficiais de Propriedade Industrial;

III, os advogados legalmente habilitados.

Art. 36. São aptos para requerer matrícula como agentes oficiais de Propriedade Industrial os brasileiros de maioridade, que se encontrem no gozo de direitos civis e políticos e provem reunir os seguintes requisitos:

a) exercício, durante cinco anos, antes da publicação deste regulamento, da função de agente de Privilégios de Invenção Marcas de Indústria e de Comércio, quer pessoalmente, quer como firma individual, sócio ou diretor de firma coletiva ou sociedade organizada para esse fim;

b) competência para o exercício da profissão, mediante o exame de que trata este regulamento;

c) idoneidade;

d) quitação de impostos de indústria e profissão.

Parágrafo único. A prova dos requisitos constantes das alíneas a, c e d far-se-á mediante a exibição de certidões documentos e atestados revestidos dos característicos essenciais de autenticidade.

Art. 37. Toda pessoa, firma ou sociedade que, já exercendo o ofício de agente de Privilegio de Invenção ou Marca de Indústria e de Comércio, desejar matricular-se no registro de agente oficial de Propriedade Industrial deverá apresentar ao diretor geral do Departamento Nacional da Propriedade industrial requerimento de que conste o seu nome individual ou, no caso de sociedade, ou firma coletiva, o nome do sócio, gerente ou diretor autorizado a representá-la. § 1º Dentro de vinte dias após a publicação deste decreto, o diretor geral do Departamento convidará, por edital publicado no Diário Oficial, durante 30 dias, os que se quiserem matricular para exercer a profissão de agente oficial de Propriedade Industrial, de acordo com o que prescreve o art. 36 alíneas a, c e d.

§ 2º O prazo para o pedido de inscrição no registro ou matrícula será de três meses, a contar da data em que se tiver iniciado a publicação do convite.

Art. 38. À proporção que forem sendo apresentados os requerimentos, com as formalidades estabelecidas no artigo antecedente, o diretor geral do Departamento procederá ou mandará proceder a diligencias que lhe parecerem necessárias ao perfeito conhecimento da idoneidade e capacidade do pretendente ao cargo de agente, e, findo cada processo, fará o respectivo encaminhamento, com todos os documentos que o instruírem ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio para decisão final.

Parágrafo único. Deferido o requerimento, voltará o processo ao Departamento para cumprimento do que disposto o parágrafo único do art. 34.

Art. 39. A inscrição para o exame de agentes oficiais de Propriedade Industrial será feita anualmente, pelo prazo de três meses, marcado por edital assinado pelo diretor geral publicado no Diário Oficial durante cinco dias.

§ 1º Vinte dias após a publicação deste regulamento no Diário Oficial, o diretor geral do Departamento convidaram por edital inserido durante oito dias no mesmo órgão de publicidade, os que quiserem inscrever-se para o exame de agentes oficiais de Propriedade Industrial. A inscrição permanecerá aberta durante o prazo de sessenta dias, a contar da data em que o convite tiver sido publicado pela primeira vez.

§ 2º Terminada a inscrição, o diretor geral do Departamento procederá como determinam as disposições do capítulo XIV deste regulamento.

Art. 40. Para a inscrição ao exame de que trata o artigo antecedente e seus parágrafos se cobrará a taxa de 100\$000 (cem mil réis), que será recolhida ao Tesouro Nacional por meio de guia em duas vias, uma das quais ficará instruindo o requerimento do interessado.

Parágrafo único. O candidato aprovado, na forma prevista por este regulamento, fica isento da taxa de 100\$000 (cem mil réis), estabelecida para o registro criado pelo art. 34, parágrafo único.

Art. 41. O Departamento Nacional da Propriedade industrial, logo que termine o processo de habilitação dos cargos ditados ao exercício da profissão de agente oficial de Propriedade Industrial, bem como os exames de que trata o parágrafo único do artigo anterior, fará publicar a relação completa de todos os agentes matriculados, o que, daí em diante fará sempre no mês de janeiro de cada ano, indicando os que se acharem em pleno exercício. Essa lista, uma vez publicada, vale como prova do exercício da função de agente oficial de Propriedade Industrial.

Art. 42. Nenhum agente oficial de Propriedade Industrial poderá entrar no exercício de suas funções sem ter feito, Tesouro Nacional, o depósito da quantia de 5:000\$000 (cinco contos de réis) em dinheiro ou apólices da dívida pública federal.

Art. 43. A restituição da fiança a que se refere o artigo precedente só poderá ser autorizada pelo ministro do Trabalho, Industrial e Comércio, seis meses depois da cessada definitiva das funções do agente a que estiver servindo garantia, devendo, no decorrer desse prazo, ser publicado edital pelo Departamento no Diário Oficial, convidando os incedados a apresentarem quaisquer reclamações que possam atingir a caução de que se trate.

Art. 44. Toda a vez que o agente matriculado mudar de escritório ou residência deverá comunicar, por escrito, ao Departamento Nacional da Propriedade Industrial o seu novo endereço.

Art. 45. Quando o agente for pessoa jurídica deverá apresentar uma relação dos componentes autorizados a representá-la perante o Departamento, acompanhada de certificado, pública forma ou publicação oficial dos estatutos ou do contrato social, e, bem assim, comunicar todas as alterações que ocorrerem, posteriormente, nesses estatutos e contrato ou na respectiva administração.

Art. 46. Os agentes oficiais de Propriedade Industrial, independentemente de requerimento escrito, terão direito a:

- a) obter, no próprio Departamento, vista dos processos de marcas de indústria e de comércio ou patentes de invenção que forem procuradores, mediante recibo visado pelo diretor da respectiva seção, até o máximo de 10 processos por dia, não podendo requisitar mais de cinco de cada vez;
- b) tirar, pessoalmente, cópias dos pareceres constantes dos processos de que tiverem vista e tomar quaisquer notas que lhes forem necessárias com relação aos mesmos processos, podendo transferir essa faculdade aos seus propostos, previamente indicados ao diretor geral do Departamento e por ele reconhecidos ou nomeados;
- c) requerer e assinar em nome de terceiros, termos de depósitos, que lhes serão deferidos, para apresentar a procuração, dentro do prazo de 30 dias prorrogável, mediante nova petição, até o máximo de 90, a juízo do diretor geral.

§ 1º Os agentes oficiais de Propriedade Industrial são obrigados a guardar sigilo dos atos do Departamento de que tiverem conhecimento pelo manuseio dos processos em que forem

interessados, como procuradores, antes que tais atos sejam dados á publicidade.

§ 2º O agente oficial de Propriedade Industrial será sempre responsável pelos atos que seus prepostos praticarem no desempenho da faculdade conferida pela alínea b, *in fine*.

Art. 47. O diretor geral do Departamento Nacional da Propriedade Industrial poderá cancelar a matrícula de qualquer agente oficial de Propriedade Industrial, ou suspendê-lo do exercício da respectiva função até o máximo de 90 dias, censurá-lo ou adverti-lo disciplinarmente.

Paragrafo único. Da decisão que cancelar a matrícula de qualquer agente, recorrerá, *ex-officio*, o diretor geral, no seu próprio despacho, para o ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. Das penas de suspensão caberá recurso voluntario interposto pelo interessado, para o mesmo ministro, dentro do prazo de 30 dias, contado da data da publicação dos respectivos despachos no Diário Oficial.

CAPITULO XIV

DO EXAME PARA A MATRÍCULA DE AGENTES OFICIAIS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Art. 48. Os capacitados ao exercício das funções de agente oficial de Propriedade Industrial, na forma do artigo 36, alínea b, do presente regulamento, ficam sujeitos à prestação do exame que adiante se regula, a fim de comprovarem a sua habilitação àquele mister.

Art. 49. Para a execução do disposto no artigo cedente, o diretor geral do Departamento proporá, ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, de acordo com o que prescreve o art. 39, a designação da comissão, que elegerá dentre os seus membros, aqueles que devam servir como presidente e secretário, promovendo todos os demais atos indispensáveis á realização do exame.

Art. 50. O local, dia e hora para a realização das provas do exame de que trata o art. 48 serão fixados em edital publicado no Diário Oficial, com antecedência de cinco dias, e no qual se mencionarão, nem só os nomes dos candidatos inscritos, mas também os dos componentes da comissão examinadora.

Art. 51. O exame versará sobre:

a) legislação e prática administrativa com referencia a patentes de invenção e registro de marcas de indústria e de comércio;

b) preparação do pedido de privilegio e de marca, principalmente do relatório descritivo dos inventos e da descrição das marcas, mediante um exemplo fornecido pela comissão examinadora;

c) legislação sobre privilegio de invenção, marcas de indústria e de comércio.

Art. 52. As provas serão escritas e orais e versarão sobre pontos formulados pela comissão examinadora e tirados á sorte, no momento, por um dos candidatos presentes

Paragrafo único. As provas escritas abrangerão três questões e devem ser concluídas dentro do prazo máximo de três horas, sendo permitida a consulta é legislação. As provas orais serão feitas dentro do ponto que cada candidato sortear, assistindo ao presidente da comissão a faculdade, dirigir perguntas ao examinando sobre matéria não constante do respectivo ponto.

Art. 53. O julgamento das provas abrange as notas de 1 a 10, não sendo classificados os candidatos que obtiverem nota inferior a 3.

Art. 54. Concluídas as provas e feito o julgamento, o presidente da comissão examinadora apresentará relatório escrito ao Diretor Geral expondo a marcha do processo do exame, ao qual juntará a relação dos candidatos classificados.

Paragrafo único. O relatório, bem como as provas examinadas e mais documentos que o tenham acompanhado, com o parecer do Diretor Geral, serão encaminhados ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de dez dias após a última prova, a fim de ser julgado o concurso e feitas as nomeações dos candidatos aprovados, de acordo com o disposto no art. 33 deste regulamento.

Art. 55. As disposições constantes do art. 35 só entrarão em vigor após serem feitas as no-

meações de agentes oficiais de Propriedade Industrial, decorrentes da habilitação de que trata o art. 37 e do primeiro exame, realizado na conformidade do art. 39 e seus parágrafos. (redação atualizada) (destacamos)

A longa transcrição se faz necessária para elucidar o detalhado regramento estabelecido pelo Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, que fixou os qualificativos mínimos necessários ao exercício da função, então pública, de agente oficial da propriedade industrial.

Foram preestabelecidos pelo Governo Provisório, que fazia as vezes de legislador, os critérios essenciais para a aptidão do candidato, o qual deveria atender os requisitos fixados pelo artigo 36 para, assim, ser considerado apto à inscrição no exame, cuja realização era anual, por força do disposto no artigo 39.

Além disso, no capítulo XIV - Do Exame para a Matrícula de Agentes Oficiais de Propriedade Industrial, os artigos 48 a 55 determinaram a forma do exame e, principalmente, o conteúdo a ser exigido para classificação do candidato ao ofício da propriedade industrial, a saber: legislação e prática administrativa com referência a patentes de invenção e registro de marcas de indústria e de comércio; preparação de pedido de privilegio e de marca; e, legislação sobre privilegio de invenção, marcas de indústria e de comércio.

Destaque-se, desde logo, que esse foi o único diploma normativo com estatura de lei que dispôs sobre as habilidades específicas dos pretendentes ao título de agente da propriedade industrial.

Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940

Posteriormente, o Departamento da Propriedade Industrial foi reorganizado pelo Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, que retirou da atribuição dos agentes o caráter oficial, alterando a terminologia de “agentes oficiais da propriedade industrial” para “agentes da propriedade industrial”, bem como eliminou a nomeação pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, que passou tão somente a autorizar o exercício da função.

Além disso, o artigo 20 do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, revogou, expressamente, o Decreto nº 22.989, de 26.07.1933. Por essa razão, desde então, foram suprimidas do ordenamento jurídico as normas com estatura de lei, imprescindíveis à regulação do ofício de agente da propriedade industrial, pois os artigos abaixo transcritos não contêm os requisitos mínimos à profissão. Veja-se, *in verbis*:

Art. 2º Só poderão exercer quaisquer atos perante o Departamento:

- I - os próprios interessados, pessoalmente;
- II - os agentes da Propriedade Industrial;
- III - os advogados legalmente habilitados.

Art. 3º A autorização para o desempenho da função de Agente da Propriedade Industrial será concedida pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, depois de prestadas, pelos interessados, provas de habilitação.

§ 1º As instruções reguladoras das provas referidas neste artigo serão baixadas anualmente pelo Diretor do Departamento.

§ 2º São aptos para requerer a inscrição, com o objetivo de que trata este artigo, os brasileiros natos, maiores de 21 anos, que se encontrarem em pleno gozo de seus direitos civis e políticos, provados esses requisitos, bem assim a idoneidade moral, mediante documentos autênticos.

Art. 4º No ato da inscrição, que será aberta pelo prazo de dois meses e anunciada no Diário

Oficial, o candidato pagará a taxa de cem mil réis (100\$0), em estampilhas apostas no próprio requerimento.

Parágrafo único. Expirado este prazo, o Diretor do Departamento submeterá ao Ministro de Estado os nomes de três funcionários que examinarão os candidatos.

Art. 5º Nenhum Agente poderá exercer quaisquer atos sem haver depositado no Tesouro Nacional, em garantia de suas responsabilidades, a quantia de cinco contos de réis (5:000\$0), em dinheiro ou apólices da Dívida Pública Federal.

Parágrafo único. A restituição dessa fiança será autorizada somente pelo Ministro, três meses após a definitiva cessação das funções de Agente, devendo ser publicado, no curso desse prazo, edital no Diário Oficial, convidando os interessados a apresentar ao Departamento quaisquer reclamações que possam atingir seu valor.

Art. 6º Como Agente, poderá inscrever-se uma entidade, com personalidade jurídica e, nesse caso, os respectivos componentes deverão possuir a qualidade prevista nos incisos II e III do art. 2º deste decreto-lei

Parágrafo único. Para efeito dessa inscrição, serão apresentados ao Departamento os respectivos contratos sociais, estatutos ou outros documentos de constituição da entidade requerente, mediante o pagamento da taxa de cem mil réis (100\$0), em estampilhas apostas no requerimento de matrícula.

Art. 7º O Agente poderá, sob sua responsabilidade, indicar até dois prepostos, para auxiliarem os seus trabalhos, de acordo com as instruções que forem expedidas.

Art. 8º Os Agentes da Propriedade Industrial, sob pena de aplicação das disposições do artigo seguinte, são obrigados a guardar sigilo dos atos do Departamento, de que tiverem conhecimento pelo manuseio dos processos, antes que sejam dados à publicidade.

Art. 9º Ao Diretor do Departamento é facultado censurar ou advertir disciplinarmente qualquer Agente, suspendê-lo do exercício das atribuições, até o prazo de 90 dias, e cancelar-lhe a matrícula.

§ 1º Da pena de suspensão cabe recurso, interposto pelo interessado para o Ministro de Estado, dentro do prazo de 30 dias, contado da data da publicação do despacho no Diário Oficial.

§ 2º Da decisão que cancelar a matrícula de qualquer Agente, recorrerá o Diretor, ex-officio, no próprio despacho para o Ministro de Estado.

Art. 10. O Departamento fará publicar anualmente, nos primeiros dias de janeiro, a relação dos Agentes matriculados e respectivos endereços.

Art. 11. Os emolumentos estabelecidos no art. 3º do Decreto nº 5.569, de 13 de novembro de 1928, serão pagos em estampilhas apostas na petição respectiva.

Art. 12. O expediente diário do D.N.P.I., os pontos característicos das invenções e os clichés de marcas, nomes comerciais, títulos, insígnias, emblemas e desenhos de invenções serão publicados na Secção III do Diário Oficial.

Art. 13. No Quadro único do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio fica criada a carreira de Examinador de Marcas, com a estrutura constante da tabela anexa a este decreto-lei.

Art. 14. Os cargos de provimento efetivo de Consultor Técnico do Quadro único do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, ficam transformados em cargos de Perito de Propriedade Industrial, de acordo com a tabela citada no artigo anterior.

Parágrafo único. Os decretos de nomeação dos ocupantes desses cargos serão apostilados pelo Diretor Geral do Departamento de Administração do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Art. 15. Os cargos de Perito de Propriedade Industrial serão providos mediante concurso, na forma que estabelecer o Departamento Administrativo do Serviço Público.

Art. 16. Ficam criadas, no referido quadro único, duas funções gratificadas de Chefe de Divisão com a gratificação anual de seis contos de réis (6:000\$0) a cada; quatro de chefe de Secção com a gratificação anual de quatro contos e oitocentos mil réis (4:800\$0) a cada e uma de Chefe de Secção de Comunicações com a gratificação anual de dois contos e quatrocentos mil réis (2:400\$0).

Art. 17. O Presidente da República expedirá, mediante decreto, o Regimento em que serão especificadas as atribuições e normas reguladoras das atividades do Departamento, reorganizado por este decreto-lei.

Art. 18. Fica aberto o crédito de noventa e nove contos e trezentos mil réis (99:300\$0) para atender à despesa de pessoal, resultante da presente reorganização.

Art. 19. Fica aberto o crédito de cento e quinze contos e duzentos e dezoito mil réis (115:218\$0), sendo quarenta e dois contos de réis (42:000\$0) para pagamento dos tarefeiros a serem admitidos no D.N.P.I. e setenta e três contos duzentos e dezoito mil réis (73:218\$0) para aquisição de material necessário com a reforma de que trata este decreto-lei.

Art. 20. Este decreto-lei entrará em vigor em 15 de outubro corrente, revogadas as disposições em contrário. (redação atualizada)

Evidencia-se, por conseguinte, que desde a edição do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, a disciplina reservada ao legislador para a fixação das “condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei” restou malferida, na medida em que ocorreu a primeira delegação indevida de competência para estabelecimento de matéria reservada ao legislador ordinário em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade. Isso porque o Decreto-Lei de 1940 silenciou sobre as qualificações técnicas necessárias ao exercício do ofício de agente da propriedade industrial e, por outro lado, possibilitou que o Diretor do Departamento da Propriedade Industrial dispusesse sobre o conteúdo a ser aferido por meio da realização de provas.

Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945

As modificações no cenário internacional levaram à elaboração de um novo Código da Propriedade Industrial, editado por meio do Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945, que, entretanto, não dispôs sobre a atividade do agente da propriedade industrial.

Manteve-se, portanto, a situação de lacuna jurídica no que tange à necessidade de previsão por lei dos requisitos técnicos ao exercício da atividade multicitada.

Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946

Foi então editado o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, ainda sob a égide da Carta Constitucional de 1937, para novamente reorganizar o Departamento Nacional da Propriedade Industrial, prevendo, em seus artigos 3º a 12, as normas que, em síntese, estão sendo apontadas na presente ação civil pública, pela União, pelo INPI e pela ABAPI, como suficientes à disciplina da carreira dos agentes da propriedade industrial, as quais determinam, *in verbis*:

Art. 3º Só poderão exercer quaisquer atos perante o Departamento:

- I – os próprios interessados, pessoalmente;
- II – os agentes Propriedade Industrial;
- III – o advogados legalmente habilitados.

Art. 4º A autorização para, o desempenho da função de Agente da Propriedade industrial será concedida pelo Ministro do Trabalho, indústria e Comércio. depois de prestados, pelos interessadas, provas de habilitação.

§ 1º As instruções reguladoras das provas referidas neste artigo, serão baixadas anualmente pelo Diretor Geral do Departamento.

§ 2º São aptos para requerer a inscrição, com o objetivo de que trata este artigo, os brasileiros, maiores de 21 anos, que se encontrarem em pleno gozo de seus direitos civis e políticos, provados esses requisitos, tem assim a idoneidade moral, mediante documentos autênticos.

Art. 5º No ato de inscrição, que será aberta pelo prazo de dois meses e anunciada no Diário Oficial, o candidato para a taxa de cem cruzeiros (Cr\$ 100,00), em estampilhas apostas ao requerimento.

Parágrafo único. Expirado este prazo O Diretor Geral do Departamento submetera ao Ministério de Estados três funcionários examinarão os candidatos.

Art. 6º Nenhum Agente poderá exercer quaisquer atos sem haver depositado no Tesouro Nacional, em garantia de suas responsabilidades, a quantia de cinco mil cruzeiros (Cr\$ 5.000,00), em dinheiro ou apólices da Dívida Pública Federal.

Art. 7º A restituição dessa fiança será autorizada somente pelo Ministro, três meses após a definitiva, cessação das funções de Agente, devendo ser publicado, no curso desse prazo, edital no Diário Oficial, convidando os interessados a apresentar ao Departamento quaisquer reclamações que possam atingir seu valor.

Art. 8º: Como Agente poderá: inscrever uma entidade com personalidade jurídica e, nesse caso, os respectivos componentes deverão possuir a qualidade prevista nos incisos II e III do art. 3º deste Decreto-Lei.

Parágrafo único. Para o efeito dessa inscrição, serão apresentados ao Departamento os respectivos contratos sociais estatutos ou outros documentos da constituição da entidade requerente mediante o pagamento da taxa de cem cruzeiros (Cr\$ 100,00), em estampilhas opostas no requerimento da matrícula.

Art. 9º O Agente poderá sob sua responsabilidade indicar até dois prepostos para auxiliarem os seus trabalhos, de acordo com as instruções que forem expedidas.

Art. 10º Os Agentes da Propriedade Industrial, sob pena de aplicação das disposições do artigo seguinte, são obrigados a guardar sigilo dos atos do Departamento, de que tiverem conhecimento pelo manuseio dos processos, antes que sejam dados publicidade.

Art. 11 Ao Diretor Geral do Departamento é facultado censurar ou advertir disciplinarmente qualquer Agente, suspendê-lo do exercício das atribuições, até o prazo de 90 dias, e cancelá-lo a matrícula.

§ 1º Da pena de suspensão cabe recurso, interposto pelo interessado para o Ministro de Estado, dentro do prazo de 30 dias, contado da data da publicação do despacho no Diário Oficial.

2º Da decisão que cancelar a matrícula, de qualquer Agente, recorrerá o Diretor Geral, "ex-officio", na próprio despacho, para o Ministro de Estado.

Art. 12 O Departamento fará publicar, anualmente, nos primeiros dias; de janeiro, a relação dos Agentes matriculados e respectivos endereços.

.....
Art. 23 Revogam-se as disposições em contrário.

O Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, pouco inovou, de modo que não trouxe ao ordenamento jurídico nacional as normas, equivalentes àquelas revogadas (Decreto nº 22.989, de 26.07.1933) com estatura de lei, prevendo os requisitos mínimos relativos à capacidade para o exercício da atividade de agente da propriedade industrial, e, além disso, na mesma senda que o Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, manteve a delegação de poderes ao Diretor Geral do Departamento para baixar as normas reguladoras das provas, sem, contudo, fixar a matéria de conhecimento necessária à aferição dos conhecimentos, nem tampouco a capacitação técnica mínima.

Outras alterações ao Código da Propriedade Industrial processaram-se, mediante a edição do Decreto-Lei nº 254, de 28.02.1967, e do Decreto-Lei nº 1.005, de 21.10.1969, mas que não introduziram modificações dignas de nota.

Ora, ainda que se considere tênue a necessidade de coerência com o princípio da legalidade, especialmente da reserva legal, na forma do artigo 122 e seu § 8º da Carta de 1937, não há como aceitar que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, estivesse de acordo com o ordenamento jurídico nacional daquela época. Desde a sua publicação, já não se amoldava aos valores constitucionais, que exigia a previsão expressa de qualificativos para o trabalho por meio de lei, razão pela qual, é correto afirmar, que o referido Decreto-Lei nunca chegou a disciplinar a atividade de agente da propriedade industrial, até porque, ao estabelecer requisitos como: ser brasileiro, ter mais de 21 anos, estar no gozo de seus direitos civis e políticos e ter idoneidade moral, estes nunca foram qualificativos profissionais.

Lei nº 5.648, de 11.12.1970

Em 1970, nasceu o atual Instituto Nacional da Propriedade Industrial-INPI, a partir da publicação da Lei nº 5.648, de 11.12.1970, que não introduziu no ordenamento jurídico nenhuma norma jurídica para fixar os qualificativos profissionais da profissão de agente da propriedade industrial.

A Constituição Federal de 1967 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, que entrou em vigor em 30.10.1969, conforme seu artigo 2º, portanto, a Lei nº 5.648, de 11.12.1970, deveria necessariamente conformar-se ao disposto pelo artigo 153 e seu parágrafo 23, daquela Carta Constitucional⁹, que estabelecia, *in verbis*:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 § 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Torna-se evidente que a ausência de previsão expressa de lei está a indicar a ausência da necessidade de especial qualificação, até porque, embora a propriedade industrial estivesse passando por um momento de renovação, não se delineou nenhum regramento específico para atuação de terceiros perante o INPI.

Lei nº 5.772, de 21.12.1971

No ano seguinte, foi a vez de se instituir o novo Código da Propriedade Industrial, por meio Lei nº 5.772, de 21.12.1971, que tinha por escopo nortear a política brasileira de marcas, patentes e transferência de tecnologia, objetivando propiciar a internalização da tecnologia.

Não obstante, mais uma vez, o legislador federal silenciou e não fez qualquer menção destinada a delinear a atuação de terceiros perante o INPI, nem mesmo quanto aos agentes da propriedade industrial.

9 A Constituição Federal, promulgada em 24.01.1967, previa no mesmo sentido: “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

Aliás, ao contrário, verificou-se um retorno ao procedimento estabelecido em 1923, criado pelo Decreto nº 16.264, de 19.12.1923, que não fazia menção à figura do agente da propriedade industrial, mas, apenas e tão somente, aos requerentes que, além, evidentemente, dos próprios inventores, poderiam ser seus herdeiros ou sucessores, que realizar o depósito dos pedidos de registro de patentes e marcas na forma dos artigos 5º, 77 e 78 da Lei nº 5.772, de 21.12.1971, *in verbis*:

Do Autor ou Requerente

Art. 5º Ao autor de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial será assegurado o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código.

§ 1º Para efeito de concessão de patente, presume-se autor o requerente do privilégio.

§ 2º O privilégio poderá ser requerido pelo autor, seus herdeiros e sucessores, pessoas jurídicas para tanto autorizadas, ou eventuais cessionários, mediante apresentação de documentação hábil, dispensada a legalização consular no país de origem, sem prejuízo de autenticação ou exibição do original, no caso de fotocópia.

§ 3º Quando se tratar de invenção realizada por duas ou mais pessoas, em conjunto, o privilégio poderá ser requerido por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação de todas para ressalva dos respectivos direitos.

.....
Do Pedido de Registro (das marcas)

Art. 77. Além do requerimento, o pedido, que só poderá se referir a um único registro, conterà ainda:

- a) exemplar descritivo;
- b) clichê tipográfico;
- c) prova do cumprimento de exigência contida em legislação específica;
- d) outros documentos necessários à instrução do pedido.

Parágrafo único. O requerimento, o exemplar descritivo e o clichê tipográfico deverão satisfazer as condições estabelecidas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

CAPÍTULO IV - Do Depósito do Pedido de Registro

Art. 78. Apresentado o pedido, será procedido o exame formal preliminar e, se devidamente instruído, será protocolado.

Parágrafo único. Da certidão do depósito, se requerida, constarão hora, dia, mês, ano e número de ordem da apresentação do pedido, sua natureza, indicação de prioridade quando reivindicada, o nome e endereço completos do interessado e de seu procurador, se houver.

Lei nº 9.279, de 14.05.1996

Atualmente, a Lei nº 9.279, de 14.05.1996, instituiu a chamada Lei da Propriedade Industrial – LPI e substituiu o antigo Código da Propriedade Industrial – CPI, revogando a Lei nº 5.772, de 21.12.1971.

Na mesma senda do antigo CPI, a LPI não estabeleceu normas sobre as atividades dos agentes da propriedade industrial, seja como ofício profissional, seja como ofício corporativo. Mantendo, por essa razão, a orientação anterior, por meio da qual havia sido revigorada a sistemática de 1923, qual seja, a possibilidade de atuação direta dos interessados perante o INPI, conforme os termos dos artigos 6º, *in verbis*:

Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Salvo prova em contrário, presume-se o requerente legitimado a obter a patente.

§ 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.

§ 3º Quando se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos.

§ 4º O inventor será nomeado e qualificado, podendo requerer a não divulgação de sua nomeação.

7) A atual ausência de norma legal válida sobre qualificações mínimas do agente da propriedade industrial no ordenamento nacional

Conforme já referido, a atividade de agente da propriedade industrial foi regulamentada pela primeira vez no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, sob a égide da Constituição de 1891. Esse Decreto foi o único instrumento normativo na ordem jurídica nacional com força de lei, baixado pelo Chefe do então Governo Provisório, que continha verdadeira disciplina das qualificações profissionais necessárias ao exercício do ofício. Assim, a partir daquele ano de 1933, os cidadãos que apresentassem os qualificativos poderiam receber tratamento diferenciado que lhes possibilitava, ao lado dos advogados e interessados, exercer a atividades perante o então Departamento Nacional da Propriedade Industrial -DNPI.

Esses profissionais distinguiam-se, naquela época, pelos seus conhecimentos técnicos, cuja aferição era feita por meio de prova realizada pelo DNPI que, além disso, fiscalizava a carreira.

Note-se que Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, foi editado sob a égide da Constituição de 1891, que dispunha expressamente sobre a garantia do exercício de qualquer profissão, não fazendo menção à necessidade de lei para disciplinar os qualificativos, quando necessários, conforme dispunha o § 24 de seu artigo 72, *in verbis*:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 § 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

Veja-se que ao estabelecer os qualificativos profissionais, o Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, atendeu a valores constitucionais implícitos, na medida em que, não obstante a ausência de norma expressa, concedeu efetividade ao princípio da legalidade.

Não coube ao DNPI nem ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio criar outros requisitos. Esses órgãos apenas cuidavam de dar cumprimento à norma legal, avaliando as habilidades técnicas preestabelecidas pelo legislador, conforme fixados pelo artigo 36 e, bem assim, no capítulo XIV - Do Exame para a Matrícula de Agentes Oficiais de Propriedade Industrial, especialmente nos artigos 48 a 55, que determinaram a forma do exame e, principalmente, qual o conteúdo a ser exigido para classificação do candidato ao ofício da propriedade industrial, a saber: conhecimentos sobre legislação e prática administrativa com referência a patentes de invenção e registro de marcas de indústria e de comércio; preparação de pedido de privilégio e de marca; e, legislação sobre privilégio de invenção, marcas de indústria e de comércio.

Entretanto, foi a partir do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, que reorganizou o DNPI, que os agentes da propriedade industrial não só perderam o atributo de atividade “oficial”, mas, principalmente, deixaram de representar uma categoria diferenciada por seus atributos técnicos, uma vez que a norma legal não fez menção a nenhum qualificativo profissional específico, mas, somente: ser brasileiro nato, maior de 21 anos, estar no gozo de direitos civis e políticos e ter idoneidade moral.

Com efeito, o Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, deu-se sob a égide da Carta Constitucional de 1937. Naquela ocasião, os direitos e garantias individuais estavam fragilizados. Não obstante, havia a previsão expressa da necessidade de a lei estabelecer as “condições de capacidades” de uma profissão, conforme o teor do artigo 122 e seu parágrafo 8º, *in verbis*:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 8º) a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei; (Suspendo pelo Decreto nº 10.358, de 1942)¹⁰.

Entretanto, como o referido Decreto-Lei não previu nenhum requisito para o exercício da profissão, evidencia-se, por conseguinte, que não poderia ser considerado como texto normativo válido, dado que, por ocasião de sua edição, a matéria disciplinada era de reserva legal, para o fim de fixar as “condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público”, de modo que restou malferido o princípio da legalidade, na medida em que ocorreu a primeira delegação de competência, flagrantemente indevida, do Ministério ao então DNPI, para dispor sobre matéria reservada ao legislador ordinário. Tudo porque o referido Decreto-Lei silenciou sobre as qualificações técnicas necessárias ao exercício do ofício de agente da propriedade industrial, bem como revogou expressamente o Decreto nº 22.989, de 26.07.1933.

Essa abordagem pode parecer surreal para aqueles que, gloriosamente, continuaram a construir o País, não obstante a Carta de 1937, simplesmente porque não haveria que se falar, na época, em legalidade. Todavia, é impossível, hoje, furtar-se à análise pragmática, com caráter dogmático, fundamentado no Estado Democrático de Direito viabilizado pela Constituição de 1988.

Registre-se, além disso, que naquele contexto histórico, havia sido baixado o Decreto nº 10.358, de 31.08.1942, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional, por causa da Segunda Guerra Mundial, e suprimiu a garantia contida no mencionado parágrafo 8º do artigo 122 da Constituição de 1937. Esse Decreto foi revogado expressamente somente em 1991, pelo artigo 4º do Decreto nº 11, de 18.01.1991. Entretanto, uma vez finalizado¹¹ o conflito mundial, cessou a razão que justificava a supressão de direitos e garantias, que retomaram o seu vigor imediatamente.

Na sequência, tanto por ocasião da publicação do novo Código da Propriedade Industrial-CPI, por meio do Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945, quanto do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, que reorganizou o DNPI, era de rigor, teoricamente, a observância do princípio da reserva legal para fins da indicação de condições ao exercício de determinada profissão, na

¹⁰ O Decreto nº 10.358, de 31.08.1942, declarou o estado de guerra em todo o território nacional, por ocasião da Segunda Guerra Mundial, e suprimiu a garantia contida no § 8º do artigo 122 da Constituição de 1937.

¹¹ Dia 08 de maio de 1945, data da rendição oficial do Terceiro Reich. Não obstante, as referências ao dia 02 de setembro de 1945, data da assinatura do último tratado de rendição.

forma do artigo 122, § 8º, da Constituição de 1937, que recobrou a sua robustez.

Entretanto, o Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945, que instituiu o CPI, não tratou de dispor sobre a atuação dos agentes da propriedade industrial. Já o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, incidu na mesma falha do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, qual seja, não fixou expressamente a qualificação técnica da multirreferida carreira.

Na verdade, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, estabeleceu como condições ao exercício da profissão, somente: ser brasileiro (deixou de exigir a natividade), maior de 21 anos (conforme o Código Civil de 1917), estar no gozo de direitos civis e políticos e ter idoneidade moral. Repise-se, à exaustão, não foram indicados qualificativos técnicos profissionais.

Mencione-se, a título de exemplo, a impecável disciplina da carreira dos Contadores, que, nos idos de 1946, recebeu do *Decreto-Lei nº 9.295, de 27.05.1946*, ainda em vigor, todas as regras sobre o exercício do ofício de Contador, cujo atributo profissional específico é a graduação em Ciência da Contabilidade, na forma do artigo 26, tendo sido fixada, além disso, expressamente, a competência dos Conselhos de Contabilidade e também a possibilidade da exigência de anuidade. Por isso, não se pode debitar às circunstâncias políticas a ausência de disciplina jurídica válida.

É inegável, portanto, que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, padece de mácula que lhe retira o fundamento constitucional, o que precisa ser considerado para fins da solução do presente litígio, como matéria prejudicial, de tal forma a acarretar a declaração de sua inconstitucionalidade incidental.

Ademais, não se sustenta a afirmação no sentido de que os artigos 3º a 12 do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, estariam a observar as exigências da atual Constituição de 1988, pois é autorizado concluir que o referido Decreto-Lei já não se amoldava sequer à Constituição de 1937, bem como não poderia ter sido recepcionado pelas Constituições de 1946, 1967 ou pela Emenda Constitucional de 1969, e, por essa razão, nunca poderia ter oferecido supedâneo legal à carreira de agente da propriedade industrial.

Note-se que, desde a edição do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, e mesmo após a publicação do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, manteve-se a situação de lacuna jurídica, pois foi mantida a previsão de delegação de poderes ao Diretor Geral do Departamento para baixar as normas reguladoras das provas. Porém o legislador não havia indicado na lei quais os atributos seriam cotejados, qual o tipo de capacidade técnica precisava ser avaliada para fins de autorizar o exercício da profissão.

Dessa forma, o posicionamento dos Requeridos no sentido de privilegiar a tese segundo a qual o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, nunca foi revogado e estaria, ainda hoje, vigente para fins de conceder respaldo às normas infralegais, é totalmente desprovida de supedâneo jurídico válido, em razão da inexistência, em seu texto, das qualificações profissionais mínimas do ofício, razão pela qual, evidencia-se, sem sombra de dúvida, por meio da interpretação sistemática e teleológica, que as suas normas teriam perdido o vigor. Vejamos.

A Lei de Introdução ao Código Civil, instituída pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942, (denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010), contém a disciplina do assunto. O enunciado de seu artigo 2º determina expressamente que: “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

Ora, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, destinou-se a remodelar o extinto DNPI, tratando, além disso, de editar normas sobre a obtenção de autorização para o ofício de agente da propriedade industrial.

Na sequência, tanto a Lei nº 5.648, de 11.12.1970, que remodelou o órgão da proprieda-

de industrial, criando a autarquia denominada INPI, como a Lei nº 5.772, de 21.12.1971, que instituiu o novo CPI, trataram de remodelar toda a matéria relativa à propriedade industrial, sendo que o Poder Legislativo entendeu por bem não dispor sobre as atividades dos agentes da propriedade industrial, é dizer, não cunhou requisitos ou regras para a assunção da função de representação de interessados perante o INPI.

Logo, ainda que se pudesse admitir a validade do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, no interregno entre a sua publicação até a edição da Lei nº 5.772, de 21.12.1971, a partir de então é indiscutível que o ordenamento concedeu, implicitamente, novo tratamento à matéria.

Segundo a lição de Maria Helena Diniz¹² sobre as espécies de revogação, poderá ocorrer “ab-rogação, que é a supressão total da norma anterior, por ter a nova lei regulado a matéria, ou por haver entre ambas incompatibilidade explícita ou implícita” ou, de outra parte, “a derrogação (...) consiste na modificação explícita ou implícita de parte da lei anterior”.

Além disso, conforme ensina, a revogação poderá ser “expressa”, modalidade sempre louvável, cuja obrigatoriedade foi introduzida pela Lei Complementar nº 95¹³, de 26.02.1998, bem como “tácita”, nesse caso, “quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão ‘revogam-se as disposições em contrário’, por ser supérflua”¹⁴.

Deveras, a decisão de silenciar a respeito de eventuais qualificativos especiais para os agentes da propriedade industrial foi do Poder Legislativo federal, que ao editar um Código da Propriedade Industrial, que por natureza visa sistematizar a matéria, não previu o tratamento diferenciado de profissionais relacionados às atividades de peticionamento perante o INPI. O Congresso Nacional exerceu o seu propósito de remodelar todo o assunto e, para tanto, decidiu não dispor sobre habilidade especial para o ofício, entendeu que não haveria razão para criar restrições ao peticionamento no INPI, inovou para garantir maior acessibilidade, não vislumbrou risco potencial ao interesse público capaz de justificar o tratamento diferenciado à atividade de dedução de pedidos relativos à propriedade industrial.

É preciso mencionar, ainda, seguindo a lição de Maria Helena Diniz¹⁵, que, na hipótese de haver indefinição sobre a incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, verifica-se a antinomia, que somente será afastada mediante a interpretação de ambas as leis. “A incompatibilidade deverá ser formal, de tal modo que a execução da lei nova seja impossível sem destruir a antiga”.

É evidente que se o CPI de 1971 não estabelecia requisitos especiais para o peticionamento perante o INPI, não haveria como colocá-lo em prática sem admitir que o Decreto-Lei n 8.933, de 26.01.1946, teria perdido completamente o seu vigor. Especialmente no período compreendido entre 1971 e a edição da Portaria MIC nº 32/1998, por meio da qual se pretendeu ressuscitar algo que nunca existiu, a saber: os poderes de delegação de competência para criar requisitos profissionais.

Além disso, o mais importante é que mesmo que o INPI quisesse exigir os atributos com fundamento no Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não os encontraria, pois aqueles constantes nos artigos 3º a 12 não passam de predicados exigidos a todos os cidadãos, tais como, honestidade, boa conduta e gozo do pleno exercício dos direitos, pois não existem esculpidos

12 *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 64/65.

13 “Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”. (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)

14 *Na obra citada*, p. 65.

15 *Na obra citada*, p. 66.

no texto do multirreferido Decreto-Lei outros qualificativos que pudessem servir de critério para tratamento diferenciado de determinados profissionais.

Verifique-se, ainda, que o CPI de 1971, além de não tratar ou sequer mencionar os agentes da propriedade industrial, estabelece que todos, independentemente de qualificativo especial, podem atuar perante o INPI, inclusive por meio de instrumento de procuração, conforme estabelece no capítulo “Da Procuração”, em seu artigo 115, *in verbis*:

Art. 115. Quando o interessado não requerer pessoalmente, a petição ou o processo será instruído com procuração contendo os poderes necessários, traslado, certidão ou fotocópia autenticada do instrumento, dispensada a legalidade da procuração.

1º Quando a procuração não for apresentada inicialmente, poderá ser concedido o prazo de sessenta dias para a sua apresentação, sob pena de arquivamento definitivo.

2º Salvo o disposto no artigo 116, depois de concedido o registro ou a patente, decorridos dois anos da outorga do mandato, o procurador somente poderá proceder mediante novo instrumento, traslado ou certidão atualizados.

3º No caso de fotocópia, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial poderá exigir a apresentação do original.

Nem se diga que a atual a Lei nº 9.279, de 14.05.1996, que instituiu a chamada LPI em substituição ao CPI de 1971, teria reavivado os termos do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, ao dispor sobre os Atos das Partes, em seu artigo 216, *in verbis*:

Art. 216. Os atos previstos nesta Lei serão praticados pelas partes ou por seus procuradores, devidamente qualificados.

§ 1º O instrumento de procuração, no original, traslado ou fotocópia autenticada, deverá ser em língua portuguesa, dispensados a legalização consular e o reconhecimento de firma.

§ 2º A procuração deverá ser apresentada em até 60 (sessenta) dias contados da prática do primeiro ato da parte no processo, independente de notificação ou exigência, sob pena de arquivamento, sendo definitivo o arquivamento do pedido de patente, do pedido de registro de desenho industrial e de registro de marca.

Ora, repise-se, mais uma vez, que não se encontra no ordenamento jurídico nenhuma lei que disponha sobre a tal “qualificação” para a profissão dos agentes da propriedade industrial, simplesmente porque não existe norma legal válida que estabeleça os requisitos profissionais para o exercício da profissão, de modo que a referência aos “procuradores, devidamente qualificados” não pode conduzir ao ressurgimento do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946.

É assim, porque, a uma, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não contém requisito algum; a duas, a delegação de poderes nele prevista diz respeito apenas à autorização do Ministro ao INPI para fins de realizar provas; a três, o CPI 1971 já havia tratado integralmente da matéria; a quatro, não se admite repristinação, o que ocorreria se admitido o retorno do Decreto-Lei por força do artigo 216 da LPI, sendo que o CPI 1971 já o havia revogado; a cinco, que causa espanto, a existência de qualificação genérica, sem previsão legal alguma, permitiria uso de qualificação secreta; a seis, o pior: a tal “qualificação”, que não se sabe qual é, seria exigida dos Senhores Advogados, que não poderiam atuar perante o INPI, sem obter a qualificação de agente da propriedade industrial.

Em síntese, a referência do artigo 216 da LPI à necessidade de procuradores “devidamente qualificados” não encontra amparo em outra norma com estatuto de lei que contenha os tais requisitos profissionais a fim de qualificar um procurador. Pois, insista-se, à exaustão, ainda que se quisesse fazer valer o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, em homenagem à

inexistência de norma revogadora expressa, estar-se-ia buscando no vazio a qualificação, pois o Decreto-Lei somente exige requisitos que se aplicam a qualquer cidadão como o pleno gozo dos direitos políticos e idoneidade moral.

Ademais, como exclusivo destinatário da competência para estabelecer critérios profissionais, é de rigor admitir que, se o Poder Legislativo silenciou, não há razão para questionar essa decisão política, que pertence somente ao legislador federal, razão pela qual não há motivo para o Poder Executivo querer inovar ou repristinar.

Portanto, não resta dúvida de que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, havia sido totalmente ab-rogado tacitamente pela nova disciplina jurídica do tema estabelecida pelo CPI de 1971, que tratou de dispor da matéria em sua integralidade.

Mas, não é só, pois sob o ângulo de abordagem da teoria da recepção constitucional, melhor sorte não se verifica, ainda que se busque a interpretação conforme a Constituição.

Vale lembrar que o contexto político existente no País por ocasião da edição dos Decretos-Lei nºs 2.679, de 07.12.1940, nº 7.903, de 27.08.1945 e nº 8.933, de 26.01.1946, foi marcado pela total restrição aos Poderes, uma vez que o artigo 178 da Constituição de 1937 havia dissolvido a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e as Assembleias Legislativas dos Estados, além das Câmaras Municipais, de modo que não cabe discutir aqui o porquê de os referidos diplomas normativos terem sido editados sob a forma de decreto-lei, até porque a carreira dos Contadores foi totalmente disciplinada por essa espécie de diploma normativo, porém com conteúdo válido.

Posteriormente, a Constituição de 1946, de 18.09.1946, espancou qualquer dúvida a respeito da necessidade de fixação dos requisitos profissionais apenas por meio de lei, na forma de seu artigo 141, § 14, *in verbis*:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
§ 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. (destacamos)

Afigura-se evidente que o Decreto-Lei nº 9.295, de 27.05.1946, que dispôs sobre os qualificativos ao exercício do ofício de Contador, foi recepcionado, porque adequado às máximas da Constituição de 1946. Entretanto, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, nunca poderia sê-lo porque é totalmente vazio de normas a respeito dos requisitos profissionais do ofício de agente da propriedade industrial.

Consequentemente, uma vez perdida a condição de vigência por ausência de supedâneo constitucional, as normas do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, tornaram-se estranhas ao ordenamento jurídico nacional vigente e, pela mesma razão, não há suporte para acolher a tese de que esse diploma normativo teria sido recepcionado pela Ordem Constitucional atual.

Insista-se que aqueles que afirmam a vigência do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, agora com supedâneo no Texto Magno de 1988, partem de pressuposto equivocado, uma vez que admitem a possibilidade de manutenção da delegação de competência destinada à fixação dos qualificativos profissionais. Entretanto, a insistência dessa prática de transferência, sob a égide do atual ordenamento constitucional, há de ser inevitavelmente qualificada pela inconstitucionalidade, pois está a malferir o princípio da legalidade sob o aspecto da reserva legal, tendo em vista que o Poder Legislativo federal seria usurpado de sua função legislativa.

De outra parte, o instituto da recepção constitucional pressupõe a existência de norma jurídica válida no bojo do ordenamento jurídico anterior. No entanto, conforme visto, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, já não conseguia retirar a sua validade do sistema anterior, de forma que não poderia ser confrontado com a Constituição de 1988.

A lição do Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso¹⁶ estabelece:

Uma norma incompatível com a Constituição poderá sempre ensejar um juízo de inconstitucionalidade. A rigor doutrinário, tal juízo não sofre condicionamento de natureza temporal, podendo recair sobre a lei anterior ou sobre lei posterior. Isso porque o que induz à inconstitucionalidade é a incompatibilidade, independentemente do momento em que se verifica. Esta poderá ser contemporânea ao nascimento da lei ou superveniente, na hipótese de alteração do preceito constitucional.

Isso autoriza admitir que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não tinha validade para o sistema estabelecido pela Carta de 1937, nem tampouco obteve o seu ingresso no sistema jurídico nacional baseado na Constituição Federal de 1946. Pois, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁷, “a validade de uma norma depende do ordenamento no qual está inserida”. Mais ainda, como pontifica Norberto Bobbio¹⁸ “a pertinência de uma norma a um ordenamento é aquilo que se chama validade”.

Resulta claro, portanto, que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não conseguiria transmutar-se em norma válida no atual ordenamento implantado pela Constituição da República de 1988, devido à impossibilidade de norma constitucional superveniente validar normas legislativas inconstitucionais.

Nessa hipótese ocorre a situação elucidada pelas palavras de Jorge Miranda¹⁹ que esclarece que: “Inversamente, se a norma legislativa era contrária à Constituição antes da revisão (embora não declarada inconstitucional) e agora fica sendo conforme à nova norma constitucional, nem por isso é convalidada ou sanada: ferida de raiz, não pode apresentar-se agora como se fosse uma nova norma, sob pena de se diminuir a função essencial da Constituição”. E, mais além acrescenta: “A Constituição não convalida, nem deixa de convalidar; simplesmente dispõe ex novo.”

Além disso, o professor Jorge Miranda chega até mesmo a admitir a subsistência do direito ordinário pretérito não contrário à nova ordem constitucional. Todavia, entende que podem se beneficiar dessa interpretação tão somente: “as normas do Direito anterior que não tinham cessado a sua vigência ao tempo da Constituição velha (...)”.²⁰

Destarte, seria lícito concluir que, para ser um agente da propriedade industrial, é suficiente ser brasileiro, ter alcançado a maioria, estar no exercício de direitos políticos e possuir idoneidade moral. Apenas isso. Pois, de acordo com o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, nada mais é necessário, não há previsão de nenhum outro requisito técnico profissional mínimo. Logo, todos os cidadãos podem exercer a profissão, conforme pede o Ministério Público Federal em sua petição inicial.

Diante dessas considerações, não há lugar para o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, no atual ordenamento jurídico brasileiro.

16 *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 77.

17 *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, Atlas, 1993, p. 164..

18 *Teoria do Ordenamento Jurídico*, São Paulo, p. 60.

19 *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 3a edição, Coimbra Editora, 1996, p. 277 e 280.

20 *Op. cit.*, p. 281.

Dessa forma, urge reconhecer que a ordem jurídica nacional padece de um diploma legal sobre os agentes da propriedade industrial, que atenda ao determinado pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XIII, fixando os atributos profissionais, no intuito de garantir a efetividade do princípio da reserva legal, uma das feições do princípio constitucional da legalidade.

8) A invalidade das normas infralegais sobre a atividade de agente da propriedade industrial

Diante do que já foi exposto, é de clareza ímpar que todas as normas infralegais que estabeleçam requisitos ou qualificativos profissionais, inclusive para os agentes da propriedade industrial, são desprovidas de legalidade, pois, ao se apropriar de competência destinada exclusivamente ao Poder Legislativo federal, ferem o princípio constitucional da reserva legal.

No presente caso, essa circunstância fica evidenciada pela análise da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, e das Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008, bem como aquelas que foram editadas pelo INPI após a concessão da antecipação dos efeitos da tutela judicial por da decisão de fls. 610/613v, confirmada pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que indeferiu o efeito suspensivo e, posteriormente, negou provimento aos agravos de instrumento interpostos, conforme as decisões proferidas nos autos dos recursos do INPI, a fls. 1326/1330v, da UNIÃO, a fls. 1339/1343, e da ABAPI, a fls. 1390/1393v e 1394/1398.

Vamos a elas.

Conforme já foi referido por ocasião do esboço normativo, a partir da criação do denominado CPI, por meio da Lei nº 5.772, de 21.12.1971, ocorreu uma alteração significativa nos procedimentos relacionados ao peticionário de marcas e patentes perante o INPI, retornando-se à sistemática dos primórdios, nos anos vinte, criada pelo Decreto nº 16.264, de 19.12.1923, que não previa a figura do agente da propriedade industrial.

Da mesma forma que a atual LPI, o CPI de 1971 não fazia referência a figura dos procuradores, de modo que poderiam ser advogados, os próprios agentes da propriedade industrial, porém não com exclusividade, pois, além deles, outros procuradores poderiam ser nomeados pelos inventores ou seus herdeiros.

Nessa época, ensina o professor Newton Silveira²¹, era livre a atuação perante o INPI para o peticionamento. Segundo esclarece:

Durante a vigência do Código da Propriedade Industrial de 1971, a atividade de representação perante o INPI esteve aberta a todos. À época, essa abertura foi providencial, pois a atividade estava restrita a certos grupos corporativos que, como verdadeiros cartórios, monopolizavam o exercício da profissão. Outro cunho da Lei de 1971 foi seu enfoque tendenciosamente nacionalista, o que trouxe como efeito a polarização dos usuários do sistema. As empresas estrangeiras se concentraram junto a um pequeno número de escritórios que defendiam seus interesses, muitas vezes legítimos. As empresas nacionais, sem pensar nos desafios da globalização, passaram a se servir de pequenos agentes, escolhidos exclusivamente pelo critério do menor preço (critério esse utilizado pelos órgãos públicos de pesquisas, através de concorrência). Embora o sistema internacional de propriedade industrial tenha se adaptado aos novos desafios, esse terceiro pé do tripé permanece tão antiquado e conservador como se estivéssemos no início do século.

21 Artigo Prof. Newton Silveira - São Paulo, março de 2001. Endereço eletrônico <http://www.ibpi.org.br/>. Acesso em 21.06.2014.

Evidencia-se na prática o que foi referido no esforço conduzido pela interpretação sistemática. Em resumo, nos anos setenta, o sistema legal brasileiro deixou de prever, após a edição do CPI de 1971, a figura do agente da propriedade industrial, enquanto profissão reconhecida, com qualificativos técnicos especiais. Provavelmente, por essa razão, o trabalho das Associações²² foi intenso, até porque se haveria que prestigiar uma categoria que contribuiu com o desenvolvimento da propriedade industrial no Brasil, razão por que foi feito um trabalho destinado ao reconhecimento da profissão, mas, infelizmente, esse esforço não foi realizado perante o Poder Legislativo, o guardião constitucional de todas as profissões. Procurou-se o amparo do Poder Executivo que, mesmo sem possuir as competências alardeadas, delegou-as ao INPI, fazendo-o por meio de norma infralegal e, como não poderia deixar de ser, inconstitucional.

Portaria nº 32, de 19/03/1998 – Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo

Com o alardeado propósito de proteger os usuários do sistema de propriedade industrial e conceder, novamente, a exclusividade do peticionário perante o INPI aos agentes da propriedade industrial, o Exmo. Senhor Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, baixou a *Portaria nº 32, de 19/03/1998*, delegando competência ao INPI para a concessão de autorização de exercício da função, bem como para fins de fixar o Cadastro dos Agentes da Propriedade Industrial, dispendo *in verbis*:

Art. 1º - É delegada competência ao Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI para a concessão de autorização para o desempenho da função de Agente da Propriedade Industrial, nos termos do arts. 4º a 12 do Decreto-Lei nº 8.933/46.

Art. 2º - Fica assegurado o direito à habilitação das pessoas físicas que praticam atos perante o INPI até a data da publicação da presente Portaria, devendo o Presidente do INPI expedir norma fixando prazo para o seu cadastramento, sob pena de perda do direito.

Art. 3º - As sociedades compostas exclusivamente de Agentes da Propriedade Industrial ou

22 “Primeiro foi a assinatura do Trade-Related Intellectual Property Rights, o TRIPS, em 1994, que é atualmente o principal pacto internacional na área de marcas e patentes, congregando 127 países. Dois anos depois, foi a vez do novo Código da Propriedade Industrial, certamente um dos mais avançados que existem hoje no mundo. Finalmente, em março deste ano, foi a vez da volta da exclusividade no procuratório, colocando um termo final ao hiato de 25 anos.

(...) O reconhecimento da profissão

No bojo dessa ampla redefinição da política nacional para a área da Propriedade Industrial é que a profissão de agente foi novamente reconhecida institucionalmente. Desde a promulgação da nova Constituição, a ABAPI havia mudado de tática. Suas articulações estavam voltadas para o Executivo, visando o reconhecimento da validade do Decreto-lei nº 8.933/46. As negociações, no entanto, haviam sido dificultadas pela grande alternância nos cargos de mando aos quais estava submetida a Propriedade Industrial.

Luiz Antônio Ricco Nunes, presidente da ABAPI em 1990 e 1991, descreve em linhas gerais esse processo. Ele e Peter Siemsen realizaram diversos entendimentos com o então ministro Roberto Cardoso Alves, que estava receptível à proposta, mas logo o governo do presidente Sarney terminou. Sob o governo Collor de Mello, o INPI mudou do Ministério da Indústria e Comércio para o Ministério da Justiça, o que voltou a interromper as negociações.

Assumiu o Ministério da Justiça Bernardo Cabral. Mas, quando a tramitação caminhava para um desfecho favorável, o ministro pediu demissão. O mesmo quadro ocorreu na gestão do ministro Jarbas Passarinho. Já seu sucessor, Célio Borja, teve suas atenções polarizadas pelo processo de impeachment do presidente Collor de Mello. Na presidência de Itamar Franco, o INPI voltou a integrar o Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, ocupado pelo ministro Andrade Vieira. Foi um período difícil, em que a questão não conseguiu avançar. O mesmo ocorreu no período da ministra Dorothea Werneck, já no governo de Fernando Henrique Cardoso.

Finalmente, com a chegada ao ministério de Francisco Dornelles é que a tramitação foi coroada com a assinatura da Portaria nº 32, de 19 de março de 1998, e a exclusividade no procuratório foi restabelecida.

A demorada vitória mereceu grande comemoração. Em 5 de maio de 1998, no Rio de Janeiro Country Club, a diretoria da ABAPI ofereceu ao ministro Dornelles uma grande recepção, com participação maciça dos agentes. Em seu discurso de agradecimento, a presidente Lilian de Melo Silveira destacou o longo caminho que a classe percorreu para chegar ao desenlace feliz. Recorrendo ao grande teórico Alberto Elzaburu, a presidente destacou a importância social dos agentes: “uma profissão antiga e ilustre... que responde a uma missão social”. Endereço eletrônico <http://www.abapi.org.br/pdfs/livros/abapi50anos9.pdf>. (grifamos)

advogados (Decreto-Lei nº 8.933/46, arts. 3º, II e III, e 8º) poderão ser inscritas e credenciadas como Agentes da Propriedade Industrial.

Art. 4º - Somente poderão ser consideradas habilitadas ou inscritas, na forma dos arts. 2º e 3º desta portaria, as pessoas físicas e jurídicas que atenderem aos requisitos constantes do Decreto-Lei nº 8.933/46, especialmente art. 4º, § 2º, e art. 8º.

Art. 5º - Caberá ao Presidente do INPI expedir normas para habilitação ou inscrição futura de pessoas físicas e jurídicas que desejem praticar atos como procuradores de terceiros perante o INPI.

Art. 6º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Ora, como já mencionado, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não dispunha sobre os qualificativos profissionais, de forma que a delegação prevista no artigo 1º da Portaria nº 32, de 19.03.1998, é vazia e não se presta a atender à norma constitucional do inciso XIII do artigo 5º, que exige a observância da reserva legal.

Veja-se que a delegação somente poderia se restringir aos poderes do então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, que consistiam em, apenas e tão somente, conceder - autorização – para o trabalho, nos seguintes termos:

Art. 4º A autorização para, o desempenho da função de Agente da Propriedade industrial será concedida pelo Ministro do Trabalho, indústria e Comércio. depois de prestados, pelos interessados, provas de habilitação. (DI 8.933/46)

Aliás, a delegação quanto às instruções para realizar as avaliações para o ofício já existia. O § 1º do referido artigo 4º previa que o Diretor Geral do DNPI devia fixá-las anualmente, nos seguintes termos:

§ 1º - As instruções reguladoras das provas referidas neste artigo, serão baixadas anualmente pelo Diretor Geral do Departamento. (DL 8.933/46)

Portanto, o Ministério da Indústria, Comércio e Turismo delegou ao Presidente do INPI, por meio da Portaria nº 32, de 19/03/1998, tão só a tarefa de autorizar o exercício do agente da propriedade industrial, nada mais, até porque nunca recebeu do legislador federal mais do que essa atribuição, e nem poderia, sob pena de negar efetividade à Constituição. Além disso, o antigo DNPI já cuidava da realização das provas.

Mas, no que diz respeito estritamente aos qualificativos profissionais necessários, não há qualquer indício de norma legal válida que disponha sobre a referida profissão do agente da propriedade industrial. O que existe, insista-se mais uma vez, restringe-se a posturas que são esperadas de todos os brasileiros como idoneidade moral e pleno exercício dos direitos, o que não se pode admitir como um mínimo de expertise técnica.

Dessa forma, quando o artigo 4º da Portaria nº 32/1998 remete para a observância, por pessoas físicas e jurídicas, dos “requisitos constantes do Decreto-Lei nº 8.933/46, especialmente art. 4º, § 2º, e art. 8º”, acaba por alçar voo no vazio, onde não se encontra nenhum requisito. Veja-se o teor da pretensa base legal que constitui o cerne da tese defendida pelos Requeridos:

Art. 4º (...)

§ 2º São aptos para requerer a inscrição, com o objetivo de que trata este artigo, os brasileiros, maiores de 21 anos, que se encontrarem em pleno gozo de seus direitos civis e políticos, provados esses requisitos, tem assim a idoneidade moral, mediante documentos autênticos.

.....

Art. 8º: Como Agente poderá: inscrever uma entidade com personalidade jurídica e, nesse caso, os respectivos componentes deverão possuir a qualidade prevista nos incisos II e III do art. 3º deste Decreto-Lei.

Ato Normativo nº 141, de 06.04.1998 - INPI

Imediatamente, em cumprimento à referida Portaria nº 32/1998, a Presidência do INPI expediu o Ato Normativo nº 141, de 06.04.1998, que, em seu artigo 1º, dispõe:

1. São consideradas habilitadas ou inscritas para o exercício da profissão de Agente da Propriedade Industrial, na forma do art. 4º do Decreto-Lei nº 8.933, de 26 de janeiro de 1946, as pessoas físicas e jurídicas que satisfaçam os requisitos do referido diploma legal, desde que tenham praticado atos perante o INPI até 24/03/1998, data da publicação da Portaria nº 32, de 19 de março de 1998, do Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo. Parágrafo Único - São os seguintes os requisitos do Decreto-Lei 8.933/46:

- com relação à habilitação das pessoas físicas (art. 4º, § 2º):

ser brasileiro;

ser maior de 21 (vinte e um) anos;

estar em pleno gozo de seus direitos civis e políticos; e

ser moralmente idôneo.

- com relação à inscrição das pessoas jurídicas (art. 8º):

possuir como sócios exclusivamente pessoas físicas que sejam Agente da Propriedade Industrial ou advogado.

Assim, o INPI pôs em prática a determinação do Ministério contida no artigo 2º da Portaria MIC nº 32/1998, autorizando o cadastro, como agentes da propriedade industrial, independentemente de quaisquer requisitos, de todos aqueles que estavam atuando perante o INPI até 06.04.1998, data da publicação do Ato Normativo nº 141, de 06.04.1998.

Porém, como visto, desde 1971, quando editado o CPI, hoje sucedido pela LPI, não havia a exigência de “habilitação especial” para atuação perante o INPI, pela simples razão de que o Instituto havia entendido como revogada essa necessidade por ausência de lei. Assim, decorridos 27 (vinte e sete) anos, como admitir que os profissionais se encontravam realmente “habilitados”? E quais seriam essas habilidades especiais que lhes garantiria o ofício, a partir de então, com exclusividade? A norma do artigo 2º da Portaria nº 32/1998, silenciou, apenas referindo que:

Art. 2º - Fica assegurado o direito à habilitação das pessoas físicas que praticam atos perante o INPI até a data da publicação da presente Portaria, devendo o Presidente do INPI expedir norma fixando prazo para o seu cadastramento, sob pena de perda do direito.

Ato Normativo nº 142, de 25.08.1998 - INPI

No mesmo ano, foi editada também pela Presidência do INPI o Ato Normativo nº 142, de 25.08.1998, promulgando o Código Profissional do Agente da Propriedade Industrial, que, posteriormente, foi republicado pela Resolução INPI nº 195/2008, de 21.11.2008, e, ainda, renovado pela Resolução nº 04/2013, de 18.03.2013, esta última em descumprimento à ordem judicial contida na medida liminar concedida nesta ação civil pública.

Em seu artigo 1º, parágrafo único, o referido Código estabelece os preceitos de conduta àqueles que somente podem obter o título de agente da propriedade industrial se habilitado perante o INPI, nos seguintes termos:

1. O exercício da profissão de Agente da Propriedade Industrial exige conduta compatível com os preceitos deste Código, e com os preceitos e princípios da boa e leal concorrência, além dos demais princípios da moral individual, coletiva e profissional.

Parágrafo Único: O título de Agente da Propriedade Industrial é de utilização exclusiva dos profissionais habilitados perante o INPI, nos termos do Ato Normativo nº 141/98.

Dentre as regras, que são repetidas nos diplomas seguintes, é imperioso mencionar a fragilidade do Código de Conduta no que diz respeito à possibilidade de conflito de interesses, cujo tratamento passa ao largo do que pode ser considerado eticamente correto, para dizer o mínimo.

Segundo o disposto no artigo 9º, não haveria conflito de interesse se um agente da propriedade industrial prestar serviços para dois inventores concorrentes, que estejam, por exemplo, a buscar a prioridade no registro da patente de invenção, pois referida norma somente vislumbra a possibilidade de mácula à ética no caso de representação, simultânea, no mesmo processo, assim dispondo, *in verbis*:

9. O Agente da Propriedade Industrial ou os agentes integrantes da mesma sociedade profissional de Agentes da Propriedade Industrial, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não devem representar junto ao INPI, em um processo específico, simultaneamente, clientes em conflito de interesse.

O professor Newton Silveira²³ foi incisivo ao comentar o dispositivo, pontuando tratar-se de norma absolutamente inócua.

Resolução INPI Nº 194/2008, de 21.11.2008

A referida Resolução INPI nº 194/2008 criou normas sobre habilitação e cadastramento dos agentes da propriedade industrial, invocando, para tanto, o “exercício das suas atribuições legais, em conformidade com o disposto no art.4º do Decreto-Lei nº 8.933, de 26 de janeiro de 1946 e a delegação de competência conferida pela Portaria nº 32, de 19 de março de 1998, do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo”.

A tentativa de fundamentar o exercício das atribuições no Decreto-Lei n 8.933, de 26.01.1946, não encontra amparo jurídico válido, por tudo o que já foi exposto, mesmo porque a regra do *caput* do artigo 4º prevê apenas e tão somente que “A autorização para, o desempenho da função de Agente da Propriedade industrial será concedida pelo Ministro do Trabalho, indústria e Comércio. depois de prestados, pelos interessados, provas de habilitação”, cabendo

23 “O Ato Normativo INPI nº 142, de 25 de agosto de 1998, que instituiu o Código de Conduta Profissional do Agente da Propriedade Industrial, estabelece em seu Artigo 9º: “O Agente da Propriedade Industrial ...”. Quando a ABAPI preparou o anteprojeto do Código de Conduta, não havia o trecho acima grifado. O texto rezava que “o Agente... ou os Agentes... não devem representar junto ao INPI clientes em conflito de interesses.” Inexplicavelmente, no Ato Normativo foi acrescentado: “em um processo específico, simultaneamente.” Esse acréscimo tornou absolutamente inócua a proibição da representação em conflito de interesses (...). Ao que consta, não houve qualquer protesto da ABAPI contra esse acréscimo.” Artigo eletrônico Prof. Newton Silveira - São Paulo, março de 2001. Endereço eletrônico: <http://www.ibpi.org.br/acesso>

ao INPI, na forma do § 1º, as instruções reguladoras das avaliações.

O que deve ser avaliado? Quais os atributos imprescindíveis ao exercício da atividade? Ninguém sabe ao certo. O INPI pode ser brando e, dessa forma, avaliar os atributos em língua portuguesa ou, ao seu bel prazer, requerer conhecimentos sobre energia solar fotovoltaica ou noções sobre biocombustíveis de organismos geneticamente modificados, o que poderia inviabilizar por completo a atividade.

Porém, o que se afigura claro como o dia, é que não se sabe o que é necessário para ser agente da propriedade industrial; tanto é assim, que o INPI, por meio da Resolução INPI nº 194/2008²⁴, após mencionar no artigo 1º os requisitos genéricos aos cidadãos, refere no artigo 2º que os cidadãos serão avaliados para fins de “comprovar a sua capacitação técnico-profissional, independente da área de atuação”.

Ora, comprovar capacitação significa demonstrar ter habilidade, expertise, aptidão para um trabalho específico. Como se pode, então, falar em habilitação “independente da área de atuação”? Seria o mesmo que dizer que o cidadão pode fazer de tudo, qualquer ofício, qualquer trabalho. Isso evidencia, a *contrario sensu*, que, de fato, além de a lei não ter criado a obrigatoriedade de capacidade especial para exercer o ofício de agente da propriedade industrial, as normas infralegais também não o fizeram.

Quanto às pessoas jurídicas, por sua vez, elas serão consideradas aptas se o quadro societário for constituído de agentes da propriedade industrial e advogados, na forma do artigo 4º c/c 6º da Resolução INPI nº 194/2008, após a análise por “Comissão constituída pelo Presidente do INPI, exclusivamente para verificar o atendimento às condições de habilitação”.

Entretanto, essa não é a atribuição do INPI, conforme se verifica do artigo 2º da Lei nº 9.279, de 14.05.1996.

Essa perplexidade ocorre porque o legislador federal não exerceu a sua competência para legislar sobre o assunto, ou seja, sobre as habilidades técnicas. Mas, não é só isso. O Congresso Nacional também não dispôs sobre a criação de contribuições consistentes nas anuidades devidas pelos agentes da propriedade industrial. Não obstante, o INPI o fez por meio dos artigos 9º a 12 da Resolução nº 194/2008, que dispõe:

Art. 9º O recolhimento da retribuição da anuidade, relativa à matrícula de agente da propriedade industrial, será devido até o dia 31 de março de cada ano.

Art. 10. A anuidade deverá ser recolhida pelo valor atribuído na Portaria do Exmo. Senhor Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em vigor na data do pagamento.

Art. 12 O não pagamento da anuidade ou a sua não comprovação acarretará na suspensão temporária do exercício das atribuições na função de agente da propriedade industrial.

Cuidam-se de regras totalmente desprovidas de respaldo legal, pois estão a malferir o princípio constitucional da legalidade tributária, esculpido no artigo 150, inciso I, da Constituição, conforme já decidido pelo Egrégio Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal,

24 “Art. 1º Estão aptos à habilitação e ao cadastramento na função de agente da propriedade industrial perante o INPI, os brasileiros maiores de 18 (dezoito) anos de idade ou emancipados, com ilibada reputação ética, que se encontrem no pleno gozo de seus direitos civis e políticos e os estrangeiros, maiores de 18 (dezoito) anos de idade ou emancipados, desde que residentes no Brasil, em situação regular, com ilibada reputação ética e que se encontrem em pleno gozo dos seus direitos civis.

Art.2º A habilitação e o cadastramento de que trata o artigo anterior se dará mediante a aprovação em Exame Público, convocado pelo INPI por meio de Edital, a ser publicado no Diário Oficial da União e divulgado na Revista Eletrônica da Propriedade Industrial – RPI, a fim de comprovar a sua capacitação técnico-profissional, independente da área de atuação”.

a unanimidade, nos termos do voto do Insigne Ministro CARLOS VELLOSO, no MS 21797²⁵, bem assim conforme o entendimento do Insigne Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, no ARE-AgR-segundo 640937²⁶, 23.08.2011.

Além disso, ainda que se cogite a modificação do entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre a natureza jurídica tributária das contribuições profissionais, visto que foi reconhecida, pelo E. Plenário, a Repercussão Geral no ARE 641243, da relatoria do Insigne Ministro DIAS TÓFFOLI, a matéria aqui discutida não se amolda aos estreitos limites do assunto sob a análise da Colenda Corte Constitucional, pois no presente feito há que ser apreciada sob a ótica da competência do INPI para agir na qualidade de conselho profissional, bem como o seu direito de arrecadar contribuições.

Por essa razão, insista-se, não se verifica a necessidade de suspensão do presente feito quanto à questão das referidas cobranças, já que não se cuida de discussão acerca de sua natureza jurídica tributária, mas, antes disso, diz respeito à possibilidade de o INPI exigir tais pagamentos, pois não foi criado para tanto, não recebeu essa atribuição por lei, nem tampouco foi constituído sob a configuração de Conselho Federal ou Conselho Regional com funções de fiscalizar a profissão.

A avaliação da cobrança de contribuições dos agentes da propriedade industrial se faz necessária também porque a Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, revendo anteriores, instituiu nova tabela de retribuições, mencionando os serviços de Programas de Computador e impressos e publicações, embora tenha fixado retribuições para todos os demais serviços prestados pelo INPI. A base legal para a exigência quanto aos serviços está em parte assentada pelo artigo 228, da LPI, Lei nº 9.279, de 14.05.1996, que dispõe *in verbis*:

Art. 228. Para os serviços previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o INPI.

Além da regra genérica do artigo 228, a LPI estabeleceu, em seus artigos 19, 28, 33, 38, 76, 78, 84 a 88, 101, 108, 120, 133, 161, 162, 218 e 219, os serviços específicos para os quais será devida a cobrança das retribuições. Entretanto, não há, dentre esses artigos ou em norma legal válida, qualquer menção que conceda respaldo às cobranças relativas às retribuições dos agentes da propriedade industrial, que são exigidas de modo a afrontar os valores da segurança jurídica e da justiça tributária, pois maculam os princípios da legalidade tributária e da reserva de lei, bem assim a máxima da igualdade tributária, conforme o artigo 150, incisos I e II, do Texto Magno.

25 “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. (...)IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.” (MS 21797, Plenário, decisão 09.03.2000)

26 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II – O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III – Agravo regimental improvido”. (Segunda Turma, decisão 23.11.2011)

Registre-se que a Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, na parte que toca às retribuições dos agentes da propriedade industrial, além de não gozar de fundamento legal ou constitucional, assim como ocorre com a Resolução INPI nº 194/2008, busca de forma oblíqua viabilizar a manutenção desta última, que se encontra *sub judice* nesta Ação Civil Pública na qual foi proferida decisão concessiva da medida liminar suspendendo os seus efeitos, de modo que é forçoso admitir que o INPI está a propagar a ilegalidade da referida resolução, insistindo em descumprir ordem judicial.

Dessa forma, é de rigor afastar a aplicação da Resolução INPI nº 194/2008, pois eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade, bem assim a parte da Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, no que se refere aos valores para cobrança de retribuições, conforme segue:

SERVIÇOS RELATIVOS AO CADASTRAMENTO DE AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (API)			
Código	Descrição do serviço	Retribuição	Retribuição com desconto
901	Solicitação para cadastramento de agente da propriedade industrial	375,00	-
902	Anuidade de agente da propriedade industrial	190,00	-
903	Restauração de agente da propriedade industrial Pagamento no valor total da(s) anuidade(s) atrasada(s) acrescida(s) de taxa de restauração cujo valor corresponderá à metade do total da(s) taxa(s) de anuidade(s) atrasada(s)	Variável	-
906	Exame para habilitação de agente da propriedade industrial	190,00	-
909	Cumprimento de exigência e/ou esclarecimento	Isento	Isento

Resolução INPI N° 195/2008, de 21.11.2008

A Resolução INPI nº 195/2008 tratou de promulgar o “Código de Conduta e Ética Profissional do Agente da Propriedade Industrial”, tudo com fundamento nas atribuições que lhe teriam sido oferecidas pelo multicitado Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, revogando, assim, o disposto pela Resolução INPI nº 142/1998.

Porém, está a padecer dos mesmos problemas no que tange à ausência de atribuições para criar uma titulação profissional, conforme estabelece no parágrafo único de seu artigo 1º:

O título de Agente da Propriedade Industrial é de utilização exclusiva dos profissionais habilitados perante o INPI, nos termos do Ato Normativo nº 141/98.

Além disso, repisa a questão do conflito de interesses entre os inventores ou pretendentes ao registro de marcas, sem solucioná-lo, pois o artigo 9º foi reeditado com praticamente a mesma redação, *in verbis*:

9. O agente da propriedade industrial ou os agentes integrantes da mesma sociedade profissional de agentes da propriedade industrial reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, *não devem representar junto ao INPI, em um processo específico, simultaneamente, clientes em conflito de interesse.* (grifamos)

Destaque-se que nem mesmo os Senhores Advogados são autorizados a patrocinar interesses conflitantes entre dois clientes. Essa prática foi vedada pelas normas dos artigos 17 e 18 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis*:

Art. 17. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, *não podem representar em juízo clientes com interesses opostos.*

Art. 18. Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional. (grifamos)

Dessa forma, o artigo 9º do Código de Ética proposto pelo INPI alcança o absurdo de permitir que os agentes da propriedade industrial atuem no peticionamento de dois clientes concorrentes, e, por estarem de posse de informações imprescindíveis à prioridade do registro da patente podem, em tese, escolher qual o cliente preferem privilegiar, chegando a ponto de ter o poder de eleger, antes mesmo do INPI, quem tem o direito à proteção da invenção e, portanto, à patente, mediante a realização do depósito do inventor que lhe aprouver.

Isso vai de encontro à tentativa de o INPI defender a carreira do agente da propriedade industrial mediante a apresentação de documentos que demonstram a ocorrência de supostas irregularidades, decorrentes da atuação de profissionais não habilitados. Ao contrário, uma das maiores fraudes ao sigilo das informações, inerente ao âmbito da propriedade industrial, pode ser praticada pelos profissionais cadastrados com o aval do Código de Ética do INPI, que veda somente a atuação na defesa de dois inventores – simultaneamente – num mesmo processo, o que por si só pode ser considerado inconveniente.

Resolução INPI Nº 04/2013, de 18.03.2013

PRESIDÊNCIA - 18/03/2013

RESOLUÇÃO - Nº 04/2013

Assunto: *Promulga o Código de Conduta e Ética Profissional do Agente da Propriedade Industrial.*

O Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI no exercício das suas atribuições legais, em conformidade com o disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 8.933, de 26 de janeiro de 1946 e a delegação de competência conferida pela Portaria nº 32, de 19 de março de 1998, do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, publicada no Diário Oficial da União de 24 de março de 1998.

RESOLVE:

Promulgar o Código de Conduta e Ética Profissional do Agente da Propriedade Industrial, contendo os princípios gerais relativos à ética e à conduta no exercício da função de agente da propriedade industrial.

A Presidência do INPI editou a Resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013, em total e absoluto descaso com o teor da decisão concessiva da medida liminar, confirmada pelo Colendo

Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que determinou a suspensão da Resolução INPI N° 195/2008, de 21.11.2008, e de outras normas do INPI que tivessem respaldo no Decreto-Lei n° 8.933, de 26.01.1946.

Na verdade, a Resolução INPI n° 04/2013 é cópia reeditada da Resolução n° 195/2008, evidenciando, assim, a curiosa postura no INPI no sentido de usurpar as competências não somente do Poder Legislativo, mas, também, do Poder Judiciário.

Veja-se que o artigo 46 da Resolução n° 195/2008 havia revogado o Ato Normativo n° 142/98 e a Resolução 138/2007, o qual havia recebido exatamente a mesma redação pela Resolução 04/2013, *in verbis*:

Art. 46 Esta Resolução entra em vigor em todo o território nacional, na data de sua publicação, revogadas as disposições contidas no Ato Normativo 142/98 e na Resolução n° 138/2007 do Presidente do INPI, cabendo ao INPI promover sua ampla divulgação na Revista Eletrônica da Propriedade Industrial – RPI e no portal do INPI, na Internet.

Ora, não foi mencionada a revogação da Resolução n° 195/2008 simplesmente porque seu texto se encontra suspenso pela ordem judicial que antecipou os efeitos da tutela (fls. 610/613v). Assim, para impor burla à suspensão, foi editada nova Resolução INPI 04/2013 com os mesmos vícios, formais e materiais, razão por que também deve ser afastada.

Resolução INPI N° 196/2008, de 21.11.2008

Por meio da Resolução INPI n° 196/2008, de 21.11.2008, foram estabelecidas as regras para a realização do Exame Público de Habilitação na função de Agente da Propriedade Industrial.

O problema dessa resolução diz respeito ao estabelecimento da matéria de conhecimento a ser exigida do candidato ao cargo de agente da propriedade industrial, sem fundamento legal, pois a decisão quanto ao conteúdo da avaliação é puramente do INPI.

A despeito de dispor sobre o procedimento para o exame, a Resolução INPI n° 196/2008, de 21.11.2008, não encontra amparo legal no que diz respeito ao conteúdo a ser avaliado, pois o Decreto-Lei n° 8.933, de 26.01.1946, não trata de disciplinar qual ou quais os atributos mínimos são necessários ao exercício da profissão, de modo que o INPI exige o que lhe parece adequado, podendo, inclusive, alterar o conteúdo a ser examinado por meio de cada teste.

Ao proceder dessa forma, pela mera edição de novas resoluções impondo novos conteúdos, o INPI não somente fere o princípio da legalidade constitucional, mas, ainda, atenta contra o princípio da igualdade, na medida em que poderá avaliar de forma diferente cada candidato, criando critérios aleatórios de tratamento desigual ao exigir conhecimento de disciplinas ocasionalmente escolhidas, tudo em razão da ausência de lei dispondo sobre o assunto.

9) A estrita competência do INPI

Pelo que se aferiu, o INPI tem exercido atribuições muito além daquelas estabelecidas pelo Congresso Nacional.

Vale rememorar que a Lei n° 5.648, de 11.12.1970, ao criar o INPI, estabeleceu que a extinção do DNPI ficaria a cargo do Poder Executivo, conforme os seus artigos 1º e 7º, *in verbis*:

Art. 1º Fica criado o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal, vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio, com sede e foro no Distrito Federal.

Parágrafo único. O Instituto gozará dos privilégios da União no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Art. 7º A extinção do Departamento Nacional da Propriedade Industrial será promovida pelo Poder Executivo, ficando extintos os cargos e funções medida que forem aprovados os quadros ou tabelas próprios da autarquia criada por esta lei.

Parágrafo único. Extinto o Departamento Nacional da Propriedade Industrial as atribuições que lhe competiam passarão para o INPI. (destacamos)

Ao determinar a transferência das atribuições do DNPI ao INPI, a norma do artigo 7º, parágrafo único, poderia conduzir à conclusão apressada no sentido de que o INPI teria herdado a competência para disciplinar, organizar e controlar a carreira de agente da propriedade industrial. Essa premissa, no entanto, não é válida por diversas razões.

A primeira decorre da impossibilidade de o Poder Executivo disciplinar um trabalho, ofício ou profissão, o que, por certo, estaria a violar o princípio constitucional da separação de poderes.

Em segundo, porque ocorreu alteração da natureza jurídica do órgão da Propriedade Industrial, pois, enquanto DNPI pertencia à Administração Direta Federal, o INPI foi criado como autarquia federal, dotado de personalidade jurídica própria e que, por essa razão, deve ater-se ao estrito rol de suas finalidades legais relacionadas à proteção da propriedade industrial.

Acrescente-se que não é lícito dizer que o INPI teria herdado a competência do DNPI quanto à normatização de requisitos profissionais para assunção da qualificação de agente da propriedade industrial, até porque o DNPI nunca possuiu essa atribuição e não poderia transferir competência que nunca lhe pertenceu, visto que sempre coube ao legislador federal.

Ademais, a competência do INPI, a qual foi desde logo delimitada pela Lei nº 5.648, de 11.12.1970, na forma do artigo 2º, tanto na redação original como na atual dada pela Lei nº 9.279, de 14.05.1996, não compreende qualquer indicação de que caberia ao INPI a atribuição de normatizar uma profissão, criar um quadro de profissionais e, além disso, fiscalizá-los. Veja-se, *in verbis*:

Redação original revogada:

Art. 2º O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênio e acordos sobre propriedade industrial.

Redação atual dada pela Lei nº 9.279, de 14.05.1996:

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

Além disso, a lei que instituiu o INPI não dispôs sobre a vocação do Instituto para atuar como órgão de fiscalização profissional, nem tampouco autorizou a cobrança de taxas ou contribuições dos integrantes da carreira. Essas atribuições não se coadunam com a expressa letra do artigo 2º supracitado, conforme já mencionado.

Anote-se, ainda, que nenhum dos Regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo Federal, no exercício do direito de regulamentar, a saber, Decretos nº 68.104, de 22.01.1971, 5.147, de 21.07.2004, e 7.356, de 12.11.2010, dispôs sobre a estruturação de órgão ou setor no organograma do INPI cuja competência para tratar da fiscalização da carreira dos agentes da propriedade industrial.

De outra parte, os Requeridos chegam a invocar a atividade de outros órgãos da propriedade industrial pelo mundo. Todavia, não é lícito ao Poder Judiciário brasileiro conduzir sua prestação judicial por ordenamentos jurídicos alienígenas, já que deve guiar-se, necessariamente, pela abordagem dogmática, já que a sua função é extrair da ordem jurídica nacional a norma aplicável ao caso concreto, preenchendo as lacunas, se existentes, segundo o sistema legal previamente estabelecido.

Não obstante, apenas como exemplo, é possível mencionar o arquétipo utilizado pelos Estados Unidos da América, onde o organismo encarregado de emitir patentes em nome do governo federal é o United States Patent and Trademark Office – USPTO²⁷.

Essa citação não conduz o presente julgamento, pois o enfoque zetético, conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁸, é reservado ao Poder Legislativo, cuja função precípua é a inovação da ordem jurídica pátria, valendo-se, para tanto, dos princípios e leis de todas as ciências e todas as nacionalidades, ainda que atento às limitações formais e materiais impostas pela Constituição.

O USPTO é um órgão que se originou em 1802 e, tal qual o INPI, exerce as atribuições estabelecidas pelas leis de patentes, consistente na sua concessão propriamente dita, bem como no exercício de outras atribuições relacionadas à propriedade industrial, tendo recebido, ainda, a atribuição específica para o controle do trabalho dos advogados de patentes e agentes.

Atualmente, o USPTO tem mais de 6.500 funcionários, dos quais cerca de metade são examinadores com formação técnica e jurídica. Esse número de profissionais tem por atribuição a análise de mais de 450.000 pedidos por ano, dos quais, em 2011, cerca de 93% foram recebidos e arquivados eletronicamente, por meio do sistema de arquivamento eletrônico do USPTO, chamado EFS-Web. Embora seja facultada a apresentação do pedido de patentes em mídia papel, pelo correio ou pessoalmente, isso exigirá o pagamento de uma taxa adicional de US \$400,00 (quatrocentos dólares americanos), chamada de “taxa de depósito não-eletrônicos”.

Além disso, no que se refere ao peticionamento perante o USPTO, a lei federal fixa as regras gerais (*Title 37 - Code of Federal Regulations Patents, Trademarks, and Copyrights – Part 11*), especialmente, a qualificação dos agentes, que devem possuir diploma universitário na área de engenharia, ciências físicas ou equivalente, conforme se pode extrair das informações no do sítio do USPTO²⁹, do qual citamos o seguinte excerto:

A maioria dos inventores contrata os serviços de advogados de patentes registrados ou

27 Site do United States Patent and Trademark Office - USPTO: http://www.uspto.gov/patents/resources/general_info_concerning_patents.jsp

28 *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo. Atlas, 1993, p. 37.

29 *Attorneys and Agents*. Tradução livre. Endereço eletrônico: http://www.uspto.gov/patents/resources/general_info_concerning_patents.jsp

agentes de patentes. *A lei concede* ao Patent and Trademark Office, o poder de criar regras e regulamentos que regem a conduta e o reconhecimento dos advogados de patentes e agentes para a prática perante o Patent and Trademark Office. Pessoas que não são reconhecidas pelo Patent and Trademark Office para estas práticas não estão autorizadas pela lei a representar inventores perante o Patent and Trademark Office, que mantém um registo dos advogados e agentes. *Para ser admitido neste registo, uma pessoa deve respeitar os regulamentos prescritos pelo Instituto, que exigem que o candidato demonstre ter bom caráter moral e idoneidade e, ainda, que tenha as qualificações legais e científicas e técnicas necessárias* para realizar os pedidos. Algumas destas qualificações devem ser demonstradas pela aprovação em um exame. *Aqueles admitidos ao exame devem ter diploma universitário em engenharia ou ciências físicas ou o equivalente.* (destacamos)

Evidentemente, não se pode estabelecer paralelo entre o sistema legal brasileiro e o estadunidense, pois são fundados em diferentes bases constitucionais. Todavia, destaque-se que, nos Estados Unidos, há um mínimo de regramento legal necessário quanto à capacidade técnica para atuação perante o USPTO.

10) A inafastável observância do princípio da legalidade e da reserva legal para estabelecer qualificações profissionais

Por tudo o que foi exposto, há que ser acolhido o pedido do Ministério Público Federal, na medida em que não se afigura possível encontrar texto de lei válido contendo as habilidades técnicas necessárias ao exercício das atribuições de agente da propriedade industrial.

Nesse diapasão, o multicitado Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não representa a observância do princípio constitucional da legalidade e da reserva legal, pois, conforme o inciso XIII do artigo 5º da Constituição da República, é de rigor que somente a lei estabeleça as qualificações profissionais que autorizam o tratamento diferenciado no âmbito do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Entretanto, não é possível vislumbrar no bojo desse Decreto-lei a indicação de um ou mais requisitos técnicos capazes de delinear o ofício dos agentes da propriedade industrial.

Além disso, a delegação de competência do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, por meio da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, ao INPI, não pode prevalecer, por configurar usurpação da competência do Poder Legislativo Federal, porquanto foi atribuída somente a ele, a função de proferir a decisão política no seio da sociedade sobre o estabelecimento de restrições ao exercício de uma profissão.

Essa problemática foi abordada por José Joaquim Gomes Canotilho³⁰ ao cuidar da discussão acerca das relações materiais entre a constituição e a lei, nas quais o legislador pode ser considerado:

- (1) como mero executor da lei constitucional; (2) como aplicador da constituição; (3) como conformador dos preceitos constitucionais.

Enquanto aplicador da constituição, o legislador, segundo Canotilho³¹:

³⁰ *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 216.

³¹ *Obra citada*, p. 217.

é órgão “nato e natural” da actividade legiferante destinada a dar aplicação aos preceitos constitucionais. A sua liberdade de actuação seria, desse modo, intrinsecamente mais ampla do que a da administração (que necessita sempre de autorização legal para a sua actividade) (...).

Além disso, segue o professor³², na hipótese de haver necessidade de lei como conformação da constituição:

o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar, comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de “ponderação”, de “avaliação” e de “escolha” implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade político criadora (...).

Assim, é próprio ao Estado Democrático de Direito a observância às esferas de atribuições entre os Poderes. Lembre-se de que a Colenda Corte Constitucional, por diversas vezes, manifestou-se no sentido de que cabe tão somente ao Poder Legislativo federal estabelecer restrições ao livre exercício de qualquer ofício e, de outra parte, prestigiou o entendimento segundo o qual a fixação de tais impedimentos ou limitações profissionais deve estar imbricada com a busca da protecção da sociedade, de tal forma que poderia ocorrer vedação ao exercício de certas actividades àquelas pessoas que não dominam determinadas habilidades técnicas.

É indubitável, portanto, que o direito consagrado no preceito do inciso XIII do artigo 5º da Constituição federal constitui verdadeira garantia constitucional, a qual pode ser restringida apenas nos casos em que o Poder Legislativo federal editar lei indicando a necessidade de habilidade especial.

Essa categorização revela não somente a máxima da legalidade, mas, também, a garantia da igualdade de todos perante a lei, admitindo-se a fixação de critérios de desigualação somente por norma legal.

Decorre, por conseguinte, de todo o exposto, que o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, no âmbito do Poder Executivo Federal, malferiu o princípio da legalidade e da reserva legal ao editar a Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, delegando poderes ao INPI para dispor sobre o ofício de agente da propriedade industrial.

Da mesma forma, o INPI, não obstante tenha demonstrado a intenção e o comprometimento com o exercício das atribuições para as quais foi criado pela Lei nº 5.648, de 11.12.1970, desbordou de sua alçada ao violar a competência do Poder Legislativo ao editar as Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008, e, além disso, agiu em desrespeito ao Poder Judiciário ao reeditar a resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013, com o mesmo texto da Resolução INPI nº 195, cuja aplicabilidade havia sido suspensa por meio da antecipação dos efeitos da tutela concedida neste feito, em flagrante violação à decisão judicial proferida por este Juízo e pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que a havia confirmado.

É de rigor, por essa razão, a fixação de multa nos termos dos artigos 11 e 13, da Lei nº 7.347, de 24.07.1987, no valor de R\$ 100.000,00 para cada ato normativo editado pelo INPI ou pela União, em descumprimento ao teor da decisão concessiva da antecipação da tutela judicial e da presente sentença.

Pelo exposto, evidencia-se a possibilidade de todos os cidadãos exercerem trabalho, ofício ou profissão para os quais não há limitação ou fixação de habilidades especiais, por meio de lei, inclusive para o ofício de agente da propriedade industrial.

³² *Obra citada*, p. 218.

Por fim, com relação à possibilidade de antecipação da tutela em sentença, o artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece como requisitos a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação e, alternativamente, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou a caracterização de abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Partindo-se de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com o objetivo primordial de garantir a efetividade máxima dos princípios constitucionais, verifica-se a verossimilhança das alegações do *Parquet* Federal, na forma da fundamentação supra, bem assim encontra-se evidenciado o perigo da ineficácia da medida, porquanto o INPI procedeu à edição de novos regramentos, a saber, a Resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013, e a Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, na parte relativa ao pagamento de retribuições aos Serviços Relativos ao Cadastramento de Agentes da Propriedade Industrial, códigos 901, 902, 903, 906 e 909, os quais evidenciam a tentativa de burlar os efeitos da decisão judicial concessiva da antecipação dos efeitos da tutela jurídica concedida no início do feito e confirmada pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Além disso, o Ministério Público Federal requereu a suspensão das demais normas que estivessem em desacordo com o preceito do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República.

Acerca da possibilidade de concessão da tutela antecipada na sentença, a jurisprudência é pacífica. Cite-se a esse respeito a manifestação da Colenda Segunda Turma do Egrégio do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 313576, da relatoria da Eminente Desembargadora Federal CECILIA MELLO³³, bem como o posicionamento da Egrégia Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Medida Cautelar nº 11402, que teve como Relator o Eminente Ministro FRANCISDO FALCÃO³⁴.

III – Dispositivo

Posto isso, julgo PROCEDENTE o pedido do Ministério Público Federal para declarar a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, e afastar a aplicação (a) do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946; (b) da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo; (c) das Resoluções INPI nºs 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008; (d) da Resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013; e (e) da Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, relativamente aos Serviços Relativos ao Cadastramento de Agentes da Propriedade Industrial, Códigos 901, 902, 903, 906 e 909; devido à ocorrência de prejuízo aos valores da segurança jurídica e da justiça, decorrente da violação dos princípios constitucionais da separação dos poderes, da legalidade, da reserva legal e da igualdade, verificada pela inobservância da garantia consistente na possibilidade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previsto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República, razão por que asseguro a todos os cidadãos a realização de peticionamento relativo à propriedade industrial de qualquer espécie perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, independentemente da exigência de “habilitação especial” ou outras restrições não fixadas por lei.

Além disso, RATIFICO a decisão concessiva da antecipação dos efeitos da tutela judicial a fls. 610/613 e 631/632, e estendo os seus efeitos, pelo que *determino*, desde já, a suspensão da aplicação (a) da Resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013, e, também, (b) da Resolução

33 AI – 313.576; Segunda Turma; decisão 03/03/2009; à unanimidade; e-DJF3 Judicial 2 de 19/03/2009, pág. 612.

34 MC – 11.402; Primeira Turma; decisão 17/05/2007; DJ de 13/08/2007, pág. 331.

INPI nº 129, de 10.03.2014, apenas relativamente ao pagamento de retribuições aos Serviços Relativos ao Cadastramento de Agentes da Propriedade Industrial, Códigos 901, 902, 903, 906 e 909, nos estritos termos dos fundamentos e do *decisum* da presente sentença.

Fixo a multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nos termos dos artigos 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 24.07.1987, para cada novo ato normativo que venha a ser editados pelo INPI ou pela UNIÃO, em descumprimento ao teor da presente sentença.

Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários advocatícios, tendo em vista que o Ministério Público Federal está a exercer o *munus* público decorrente de seu papel institucional.

Oficie-se ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

Submeto eventual recurso interposto pela parte interessada, apenas ao efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, inciso VIII do Código de Processo Civil.

Decisão sujeita ao reexame necessário, remetam-se os autos, oportunamente, ao Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

Juíza Federal LEILA PAIVA MORRISON

AÇÃO ORDINÁRIA

0016040-22.2010.4.03.6100

Autora: UNIÃO FEDERAL
Ré: VIVIAN IAKI BALLARD
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: ROSANA FERRI
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2014

Vistos, etc.

Trata-se de ação sob o rito ordinário, com pedido de busca, apreensão e restituição de menor, proposta nos termos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), em face da Ré, VIVIAN IAKI BALLARD, sob o fundamento de que a mesma retirou seu filho, o menor MAX IAKI BALLARD dos Estados Unidos da América, trazendo-o para viver no Brasil sem o consentimento de seu pai, ALEXANDRE BALLARD, caracterizando a conduta descrita no artigo 12 da referida Convenção.

Relata que a Requerida teve, em 20 de agosto de 2005, o filho MAX IAKI BALLARD, fruto de seu relacionamento com ALEXANDRE BALLARD e, após o nascimento da criança, este, natural dos Estados Unidos da América, teria vindo residir com a mãe e o menino, onde ficou até 2006, quando voltou a residir no país de origem e passou a efetuar visitas esporádicas até o ano de 2008, quando o casal decidiu morar naquele país, onde se casaram. Entretanto, em julho de 2009, sem aviso ou consentimento do genitor, a Ré voltou para o Brasil. Pleiteia, assim, o retorno imediato da criança aos Estados Unidos, afirmando que houve a subtração ilegal do menor, o que determina a aplicação das disposições da referida convenção.

Juntou cópia do procedimento administrativo (fls. 34 e seguintes).

Entendeu-se necessária a oitiva da parte contrária antes da análise do pedido de liminar. A União Federal se manifestou à fls. 208/208v..

O DD. Representante do Ministério Público Federal opinou pela oitiva da Ré.

Regularmente citada, a Requerida apresentou contestação à fls. 221 alegando, preliminarmente, inexistência de interesse processual, face ao tempo decorrido entre a saída da mesma e a propositura da presente ação, bem como a não insurgência do pai do menor em relação ao retorno da Ré e de seu filho para o Brasil, demonstrado tal fato pela não contestação da ação de guarda movida neste país, bem como o de o pai efetuar visitas regulares ao menino, hospedando-se na casa da Ré.

No mérito, contesta a narrativa dos fatos constantes da inicial, expondo os motivos que determinaram a volta ao Brasil.

Juntou documentos.

Na réplica o Autor reitera os termos da inicial.

Realizada audiência com a finalidade de ouvir os pais do menor, compareceu somente a mãe, ora ré. A parte Autora apresentou agravo retido.

À fls. 403/405 foi anexado documento que demonstra as datas de entrada e saída em território nacional, do Sr. Alexandre Ballard.

Em seguida, determinou-se a realização de perícia psicológica no menor (fls. 406); a Ré apresentou quesitos à fls. 407 e a União Federal à fls. 410, juntamente com a indicação do

assistente técnico.

O DD. Representante do Ministério Público Federal se manifestou pela realização da perícia (fls. 428/430).

Não tendo sido cientificado o assistente técnico da Autora sobre a realização da perícia, esta pediu sua anulação. Com intuito de não ocasionar demora no trâmite do feito, decidiu-se pela entrega do Laudo a esse assistente, com o que não concordou a parte autora, apresentando agravo dessa decisão, recebido com efeito suspensivo e ao qual foi dado provimento, anulando-se a perícia efetuada.

Foi realizada nova perícia, com acompanhamento de novo assistente técnico, que substituiu o anteriormente indicado.

O Laudo Pericial foi anexado aos autos à fls. 549. A União Federal apresentou manifestação à fls. 585, a Ré a fls. 596 e o Ministério Público Federal à fls. 599.

É o relatório. Fundamento e decido.

Inicialmente, cumpre analisar a preliminar trazida pela Ré, segundo a qual é o Autor carecedor da ação por inexistência de interesse processual, tendo em vista a data da chegada da Ré ao Brasil e a propositura da presente ação.

Descabe tal argumento, uma vez que o procedimento administrativo foi iniciado antes de um ano do referido evento.

Fundamenta referida afirmação também no fato de o Autor não ter contestação a ação de guarda movida pela Ré aqui no Brasil, nem ter recorrido dessa decisão, além do fato de efetuar visitas regulares ao filho, ficando hospedado na casa da Ré.

Tais fatos, apesar de aparentarem contradição com a narrativa da inicial, não configuram falta de interesse de agir, ou seja, não redundam em desnecessidade de acesso ao Poder Judiciário para obter o bem da vida pretendido, que é o pedido de volta do menor aos Estados Unidos da América a fim de submissão da decisão da guarda do mesmo a Juiz daquele país, nos termos da Convenção de Haia.

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame do mérito.

O mérito da presente ação consiste em verificar se, no caso, é aplicável a Convenção de Haia e, conseqüentemente, a devolução ou não do menor indicado pelas partes ao país de residência do pai.

Para tanto, há que se perquirir se ocorreram as situações descritas na referida norma, que dispõe que:

A presente Convenção tem por objetivo: (artigo 1º)

a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: (artigo 3º)

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

Nos termos da presente Convenção: (artigo 5º)

a) o “direito de guarda” compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;

(artigo 12):

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

(artigo 13):

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

Relatam as partes que o Sr. Alexandre Ballard e a Ré, a Sra. Vivian Iaki Ballard tiveram um relacionamento do qual nasceu o menor Max Iaki Ballard, em agosto de 2005, tendo então o pai vindo a residir com a mãe, no apartamento desta.

Em seguida, em 2006, o mesmo retornou aos Estados Unidos, passando novamente a viver nesse país e voltando ao Brasil para visitar mãe e filho, até 2008, quando o casal decidiu tentar viver naquele país, efetuando referida mudança em junho de 2008.

Até esse momento os relatos são equivalentes

Em julho de 2009, a Ré voltou para o Brasil com seu filho.

Nesse ponto a parte Autora afirma haver caracterização da hipótese prevista na supra mencionada convenção e propugna pelo imediato retorno do menor aos Estados Unidos. Afirma que o mesmo viveu mais de um ano naquele país, o que pela norma faz configurar residência habitual do menor e que ambos os genitores detinham a guarda do menino, uma vez que haviam se casado. Ainda, que a mãe viajou sem o conhecimento do pai, que não autorizou a viagem do menor ao Brasil.

A Ré, por sua vez, relata que o pai não se insurgiu contra o fato de ter voltado para o Brasil com seu filho, ressaltando que ele não contestou a ação de guarda ou recorreu da decisão definitiva.

Informa, ainda, que o mesmo visita o filho neste país, hospedando-se na casa da Ré, participando de festinhas e tendo contato com o filho sempre que deseje.

Em relação ao seu retorno ao Brasil, diz que a situação vivida na casa onde morava, nos Estados Unidos, com seu marido, filho, sogra e sogro, ficou insustentável.

Afirma que quando decidiu mudar-se para os Estados Unidos e casar-se com o pai de seu filho, o fez na tentativa de proporcionar ao filho um lar com pai e mãe. Afirma que foi induzida a erro quando imaginou que teria uma vida normal com marido e filho naquele país; entretanto, ao chegar ao local, se deparou com a situação totalmente não imaginada, na qual seu marido não exercia profissão remunerada e ela não conseguia o “green card” porque, apesar de casada com cidadão americano, este não podia ser seu garantidor financeiro, como exige a lei americana. Assim, tampouco conseguiu se empregar. Quem acabou sendo sua garantidora financeira foi a mãe de seu marido, que sustentava a todos.

Ressalta que a criança não tinha convívio com vizinhos e que não poderia voltar a estudar na escola onde estava matriculada no início do período naquele país, por falta de pagamento.

Afirma que com o passar do tempo as tensões foram aumentando, a ponto de ocorrer violência física.

Por fim, voltou ao Brasil com passagem comprada pelo pai de seu marido e foi até o aeroporto com o carro do mesmo, deixando em local previamente combinado para que fosse buscado em seguida.

Tais fatos não foram contestados pela parte Autora. Desta forma, a aplicação da norma deve ser efetuada levando-se em conta a situação fática vivida pelas partes envolvidas e, acima de tudo, o superior interesse da criança, que é o vetor máximo de aplicação da Convenção.

Temos, portanto, que de fato a mãe retirou o filho do país onde vivia com o pai, sem a ciência ou consentimento deste. Entretanto, existiu o conhecimento, convivência e auxílio material para tanto do avô paterno do menor.

A Ré permaneceu em solo estrangeiro por um ano e um mês. Segundo a letra fria da norma, este seria o período considerado como limite para a fixação da residência habitual do menor. Contudo, entendo que a fixação temporal via legislativa, deve servir de parâmetro, mas nunca ser utilizada sem a análise fática do caso.

A Advocacia Geral da União, em trabalho sobre o tema (Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1 Edição. Brasília: AGU/PGU, 2011. Direito Internacional Privado), no item 6.3, que fala sobre a residência habitual, ressalta que: *a criança terá residência habitual num determinado Estado quando ela estiver nele residindo, com intenção de lá permanecer. O requisito tempo, no entanto, pode variar, não existindo um “prazo mínimo” para sua configuração. No caso de crianças, em especial as mais jovens, o mais comum é considerar como seu local de residência habitual o mesmo dos seus genitores. O tratado se funda na premissa de que é no local de “residência habitual” que a criança possui seus vínculos mais robustos e importantes, não somente com seus genitores, mas com o ambiente escolar, linguístico, social, família estendida, etc.* (grifamos).

No caso em comento, apesar de a família ter se mudado para os Estados Unidos com a intenção de lá permanecer, a criança, quando trazida para o Brasil, havia vivido quatro de seus cinco anos neste país.

Às fls. 129/134, foram anexado relatórios escolares do menor, fornecidos pela escola que frequentou antes de sua transferência para os Estados Unidos e após a volta para o Brasil.

De acordo com esses relatórios, verifica-se que ele estava completamente adaptado à referida instituição e, no momento do retorno, demonstrou que o tempo afastado não desfez o vínculo anteriormente formado: *Max é uma criança comunicativa e carinhosa. Sua adaptação à escola foi tranquila. Logo no primeiro dia se despediu da mãe e ficou muito à vontade no ambiente escolar, lembrando dos amigos e se identificando comigo, sua nova professora. Como o Max já havia estudado na Jacarandá durante alguns meses em 2008, já tinha vínculos com as professoras Flavia e Silvana, perguntando delas e as reconhecendo, logo abraçando e contando as novidades. Já conhecia também alguns amigos como o Joaquim, a Anouk, Alice, Rafael, logo se identificando e brincando com eles, que também o reconheceram e o receberam com muito carinho.*

Compulsados os autos, não foi encontrado o relatório da escola frequentada pelo menor na cidade de Westport (Massachusetts), Dartmouth Early Learning Center.

O Laudo Pericial Psicológico efetuado, concluiu que (fls. 558) *É importante ressaltar que a estrutura educacional, cultural e afetiva oferecida a essa criança são saudáveis e deve ser preservada. Assim como a representação de mãe e pai são importantes para a sua formação de personalidade e deve ser preservada pelo contato de ambos. Ele revela a necessidade de proteção e cuidado da mãe, que fica claro ter na medida satisfatória, mas também revela a necessidade de atenção do pai, que para a representação da figura paterna, necessita compor para completar a formação de sua personalidade. A indicação é que essa criança continue a manter o contato com a mãe de acordo com as estruturas já oferecidas e que o pai seja mais presente e participativo.*

Perguntado sobre o país de origem da criança (fls. 559), obteve-se a resposta que *para a concepção da criança seu país de origem é o Brasil, onde nasceu e atualmente vive, estando completamente adaptada.* (quesitos 1 e 2).

No quesito 3 (fls. 560), a parte autora questiona sobre o contato do menor com o pai, sendo respondido que *ao retornar ao Brasil após viver um ano nos Estados Unidos, a criança mantém contato com o pai por meio de comunicação virtual, assim como nos momentos em que o pai esteve no Brasil, inclusive nas festas de aniversário da criança. A criança não tem má impressão do pai, para a criança ele tem representação de pai. A mãe cuida para que a imagem de pai, que é de fundamental importância, seja preservada, pois pensa na formação da personalidade da criança. A mãe incentiva o filho a vincular-se ao pai e fala sobre ele à criança com naturalidade. Depois de retornarem ao Brasil, a criança não voltou aos Estados Unidos, a comunicação e os vínculos acontecem, então, virtualmente e nos momentos em que o pai esteve no Brasil. O pai tem se mostrado distante, sem fazer contato após ter iniciado novo namoro. A mãe tenta fazer contato para aproximar o filho do pai, mas sem muito êxito.*

Questionado sobre o relacionamento da criança com a família paterna, a resposta foi que *o relacionamento da criança com sua família paterna é distante, ele não o traz com demonstrações de afeto.*

À fls. 561, os quesitos indagam sobre as condições de moradia do menor no Brasil, o contato com a família materna e sobre a noção dela sobre o processo judicial (quesitos 5, 6 e 7). As respostas foram:

A criança reside com a mãe em São Paulo, no bairro Higienópolis, com ótimas condições de localização e recursos de ambiência, é considerado um dos bairros mais nobres de São Paulo, no que diz respeito às condições socioeconômicas e culturais. O espaço do apartamento é amplo e a criança tem seu quarto particular com sua cama, jogos, brinquedos e biblioteca infantil. A escola que frequenta fica no próprio bairro, nas proximidades de sua residência

e considerada uma das melhores escolas de São Paulo.

A mãe tem uma irmã que mora bem próximo à sua residência, no próprio bairro Higienópolis. Ela tem um filho, primo do Max, que segundo a mãe são como irmãos, eles tem muita amizade um pelo outro. Ela disse que a irmã frequenta sua casa e vice-versa frequentemente, são muito amigas e se apoiam nas diversas situações da vida pessoal. A informação da ligação com o primo é confirmada pelo relatório da escola, à fls. 132.

A criança tem clareza do processo judicial, bem como a compreensão de que o seu país de origem é o Brasil, onde nasceu e vive. Na conversa sobre o processo judicial mencionou que seu desejo é de ficar com a mãe no Brasil. A criança deixa explícito que não quer morar com o pai nos Estados Unidos, mas deixa implícito que o contato como pai é importante para ele.

À fls. 562, o quesito 9 indaga sobre as consequências num eventual retorno do menor ao país paterno, ao que foi respondido que a eventual determinação para a criança viver nos Estados Unidos, neste momento, como pai e a família paterna, pode causar risco a integridade mental, devido a sua plena adaptação ao seu contexto de vida social e educacional saudável e vinculação integral com a mãe. Todo seu contexto de vida no Brasil tem total integralidade à sua saúde mental, física, social e cultural. A eventual visita aos Estados Unidos para contato como pai e a família paterna pode ser trabalhada no sentido de complementar sua formação, como por exemplo, nos períodos de férias escolares, mas a permanência definitiva neste país, neste momento de sua vida, não é recomendável.

A resposta ao quesito 6 formulado pela parte Ré (fls. 566), declara que *neste momento da vida de Max, não é aconselhável viver longe da mãe, pois ele a tem como o principal vínculo que proporciona uma formação de personalidade consistente, uma vida com segurança, alegria, felicidade e boa formação educacional. Reitero que uma possível separação da mãe pode causar-lhe transtorno afetivo e de personalidade.*

Nas manifestações sobre o laudo, trazidas pelas partes, temos que a parte autora se limita a verificar se estão presentes as hipóteses do artigo 13 da Convenção sem confrontá-las ao caso concreto. É clara tal conduta quando, à fls. 586 v., afirma que a mãe interrompeu abruptamente a relação do filho com o pai, afirmação que não condiz com os demais elementos dos autos, que claramente demonstram que o convívio entre os mesmos não só é permitido como estimulado pela mãe da criança.

Além disso, o laudo pericial é claro e expresso ao afirmar que o retorno do menor é efetivamente prejudicial ao seu desenvolvimento, estando totalmente adaptado à vida no Brasil. Aliás, não restou demonstrada a adaptação da criança à vida nos Estados Unidos.

É de ser ressaltado que, em nenhum momento, nesta manifestação, se toca no que é o vetor primordial para a aplicação das previsões da Convenção de Haia, que é o *superior interesse da criança*.

Ainda, a conclusão da *expert* indicada pela União como assistente técnica, recomenda *o imediato resgate do vínculo afetivo positivo entre Max e seu pai, a fim de evitar o rompimento definitivo da relação pai/filho e as consequências subjetivas da privação do convívio paterno/filial.*

Da leitura da referida conclusão, entende-se que não foi recomendada a volta do menor ao país de habitação do pai, mas sim o resgate do vínculo, o que, pelas provas carreadas, nunca deixou de ser efetuado.

Portanto, tendo em vista os relatórios supra mencionados, bem como as conclusões do laudo pericial, chega-se à conclusão de que, apesar de o menor haver residido com o pai e com

a mãe nos Estados Unidos da América por período superior a um ano e que, tendo em vista o casamento oficializado entre os genitores e que os dois detinham a guarda do menor, sem dúvida deve ser considerada *residência habitual* do mesmo seu local de residência atual, o Brasil

Ainda, há que se levar em conta que até aquela data, da transferência para os Estados Unidos, a guarda de fato sempre foi da mãe, haja vista que o pai não chegou a fixar residência no Brasil, sequer obtendo trabalho remunerado que demonstrasse tal intenção.

Também, há que ser notado que em momento algum houve caracterização de alienação parental, restando fartamente comprovado, através das fotografias anexadas e do relatório da Polícia Federal que comprovam as datas de entrada e saída do Sr. Alexandre Ballard deste país (fls. 403/405), que o pai tem livre acesso ao seu filho, sendo tal acesso facilitado pela genitora, que o hospeda em sua casa.

Por fim, restou também claramente caracterizada as hipóteses do artigo 12, parte final do primeiro parágrafo, que se refere à integração da criança ao meio em que está vivendo e também a previsão da parte final da alínea “a” do artigo 13, que prevê o posterior consentimento do genitor reclamante

Tal fato se percebe pela não contestação ou recurso da decisão de guarda proferida pelo Juiz de Família brasileiro, bem como pelas já acima ressaltadas, visitas que o pai faz ao menor e ausência do pai à audiência realizada neste processo.

O DD representante do Ministério Público Federal, em suas manifestações (fls. 211/212; fls. 360/361; fls. 428/430 e fls. 599/606), opinou pela improcedência da ação, mantendo-se o menor neste país. Ressalte-se o trecho à fls. 603: *Ademais, não é possível interpretar de maneira restrita, literal e isolada o artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 como faz a Advocacia Geral da União sem ter em vista a finalidade do referido Diploma. Consoante ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça em apreciação ao Recurso Especial nº 1.239.777-PE, cujo Relator é o Ministro César Asfor Rocha, observa-se que há uma preocupação exacerbada em atender a solicitação das autoridades internacionais a qualquer custo, “quando a preocupação primordial dos julgadores deveria ser o bem-estar, a saúde física e psíquica da criança”. E conclui: Diante do exposto, o Ministério Público Federal, por intermédio da Procuradora da República signatária, manifesta-se pelo acolhimento do Laudo Pericial de fls. 549/583, o qual concluiu pela adaptação do menor Max Iaki Ballard no Brasil, de modo que este Parquet manifesta-se pela improcedência da presente ação, confirmando-se a permanência da criança no Brasil.*

A Jurisprudência, em situações semelhantes, espousa o mesmo entendimento, mantendo a criança no local onde está adaptada, comprovado pericialmente:

EMEN: Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. *Situação consolidada. Risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno da criança ao país de origem (Estados Unidos).* - Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte. - *Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.* - Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América. - *A Convenção de Haia sobre os Aspectos*

tos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas. - Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal. - Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea "b"), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança. - Com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem. Recurso especial não conhecido, por maioria. ..EMEN: STJ DJ DATA:08/11/2007 PG:00226 ..DTPB:

INTERNACIONAL. CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. PAI ARGENTINO. MÃE BRASILEIRA. TRANSFERÊNCIA DE PAÍS SEM O CONSENTIMENTO DO GENITOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE GUARDA. DIREITO DE GUARDA EXERCIDO PELA GENITORA NA ARGENTINA. RETORNO DO MENOR AO LOCAL DE NASCIMENTO. EXCEÇÕES PREVISTAS NA CONVENÇÃO DE HAIA. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. - A União ajuizou Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição de menor, em face de sua genitora, fundamentando-se nos termos da Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14/04/2000. - A ilicitude da transferência ou da retenção é aferida quando configuradas as hipóteses definidas no artigo 3 da Convenção: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. - No presente caso, inquestionável a prática de ato ilícito por parte da genitora, correspondente, especificamente, à retirada do menor do País em que residia habitualmente sem o consentimento do genitor. - Hipótese em que a guarda da criança já estava sendo exercida pela mãe, na Argentina, desde a separação do casal, tendo sido fixado, naquela Jurisdição, direito a alimentos e o direito de visitas do pai. - Ainda que seja enquadrado o fato como efetivo sequestro internacional, não é obrigatório o retorno do menor ao seu local de nascimento, por aplicação da própria Convenção de Haia, especificamente do seu artigo 13, a. - Considerando que o pai da criança já não exercia o direito de guarda na Argentina, *a consequência para o ilícito praticado pela mãe não pode corresponder ao imediato retorno da criança para aquele país, como se de uma operação matemática estivéssemos tratando, uma vez que tal determinação, à míngua de qualquer evidência de a criança se encontrar em más condições com a mãe, poderia acarretar danosas implicações para sua formação.* - No caso vertente, há prova nos autos de que a criança encontra-se em boas condições, estando regularmente matriculado em escola infantil (fl. 246) e acobertado por plano de saúde de boa qualidade (fl. 241), com assistência fonoaudiológica e psicológica (fls. 235/239 e 251/253). - Precedente do STJ. - Apelação e remessa oficial improvidas. DJE - Data: 15/04/2010 - Página: 687 Quarta Turma TRF 5

INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. MÃE BRASILEIRA E PAI AMERICANO. CRIANÇA TRANSFERIDA ILICITAMENTE PARA O BRASIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. LEGITIMIDADE ATIVA: GENITOR E AUTORIDADE CENTRAL

BRASILEIRA. PROVA TESTEMUNHAL. NÃO PRODUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. MÉRITO. ESTUDO PSICOLÓGICO. COMPLETA ADAPTAÇÃO DO MENOR AO NOVO MEIO SOCIAL. RESTITUIÇÃO AO PAÍS DE MORADIA ANTERIOR: IMPOSSIBILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. I - Nos termos do artigo 6º, *caput*, do Decreto nº 3.413/2000, que promulgou a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), “cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção”. II - Impõe o artigo 7, “f”, do Decreto nº 3.413/2000, por seu turno, a necessidade de que as autoridades centrais cooperem entre si e promovam a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da Convenção, determinando a adoção, direta ou indiretamente, de todas as medidas apropriadas para “dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita”. Preliminar de ilegitimidade ativa da União afastada. III - A teor do princípio “*pas de nullité sans grief*”, não se reconhecerá a nulidade de um ato sem a demonstração do efetivo prejuízo decorrente de sua prática. Não produzida a prova testemunhal requerida por uma das partes, mas sendo o laudo pericial acostado aos autos favorável à sua pretensão, não há que se falar em prejuízo a ensejar a nulidade da sentença contra a qual se insurge. IV - A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças objetiva assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente, excetuando a hipótese de não integração do menor ao novo meio e se exigir risco grave de que fique sujeito a perigos de ordem física ou psíquica, devidamente atestados por prova pericial. V - *Estudo psicológico produzido nos autos revela a plena adaptação do menor transferido ilicitamente para o Brasil ao novo meio em que inserido, sendo presumida a ocorrência de prejuízos de ordem emocional caso determinado seu retorno ao País de origem, seja porque privado estará do convívio contínuo, há mais de oito anos, com parentes e amigos, seja porque, à época em que realizada a prova pericial, sequer compreendia o idioma inglês. Prevalência da proteção maior ao interesse da criança.* VI - O direito de visita deve ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança (artigo 21 da Convenção de Haia), não podendo ser objeto de exame em ação de busca e apreensão cujo pedido foi julgado improcedente. VI - Recurso de apelação interposto pela ré a que se dá provimento, julgando-se improcedente o pedido inicial. Inversão dos ônus da sucumbência, impondo à União o pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. e-DJF1 DATA:25/04/2014 PAGINA:655 TRF 1 Sexta Turma

PROCESSUAL CIVIL E INTERNACIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALEGAÇÃO DE ABDUÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇA. PRETENSÃO DE REPATRIAÇÃO. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CÍVIL DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS (CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980). DECRETO Nº 3.413/2000. PREVISÃO DE EXCEÇÕES À IMPOSIÇÃO DE RETORNO DA CRIANÇA TRANSFERIDA OU RETIDA ILICITAMENTE. INTERESSE DO MENOR COMO PARÂMETRO PRIMAZ. SUJEIÇÃO DA CELERIDADE PROCESSUAL A ESSA DIRETRIZ. GRAVIDADE DAS ALEGAÇÕES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ASSACADAS RECIPROCAMENTE ENTRE AS PARTES. IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA PERICIAL PSICOLÓGICA. NULIDADE DA SENTENÇA. RETORNO AO PRIMEIRO GRAU PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA EM TERRITÓRIO BRASILEIRO NA PENDÊNCIA DA LIDE. PROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO. APELAÇÃO PREJUDICADA. 1. Apelação interposta contra sentença de procedência de pedido de ação de busca e apreensão de criança. 2. Pleito contido na apelação, de conhecimento de agravo retido interposto contra decisão de indeferimento de pedido de produção de provas formulado pela ré (ouvida de um criança, qual seja

aquela cuja busca e apreensão se pretende, hoje com 6 anos, e de um adolescente, seu meio-irmão por parte de mãe, com 14 anos; e realização de estudo psicossocial pelo Conselho Tutelar, seguindo opinativo do *Parquet* Federal). 3. A *actio* foi ajuizada pelo pai italiano contra a mãe brasileira, com invocação na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia de 1980), promulgada no Brasil por via do Decreto nº 3.413/2000, porque a mãe, autorizada pelo pai a passar aniversário e festividades de final de ano com a menor no Brasil, resolveu, ao término do período, não retornar a Itália, onde viviam, antes da viagem, o casal e a prole. 4. Através deste processo, deve-se decidir sobre o retorno, ou não, da criança à residência italiana, onde vivia antes de passar a residir no Brasil, não estando em definição a guarda da menor, não interferindo, pois, neste feito, a notícia, constante dos autos do AGTR 133816/CE (interposto contra o recebimento da apelação telada apenas no efeito devolutivo), de que houve a prolação de sentença, pela Justiça italiana, no último 11 de setembro (cerca de um ano depois do ajuizamento desta ação), concessiva da guarda exclusiva da criança ao pai, ora autor-recorrido, mormente porque *a sentença estrangeira apenas tem eficácia no Brasil após a homologação pelo STJ* (art. 105, I, *i*, da CF/88). 5. São objetivos da Convenção de Haia de 1980 (Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças) “assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente” e “fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante” (artigo 1). Ainda segundo o referido tratado internacional, “a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:/a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e/b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido” (artigo 3). 6. No entanto, a própria Convenção estabelece algumas exceções à imposição do retorno do menor ao local de onde foi retirado ou do qual foi mantido afastado: “Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança./A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio./ Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança” (artigo 12); “Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:/a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou/b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável./A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto./Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança” (artigo 13). 7. As consideranda da Convenção de Haia de 1980 permitem

inferir o que motivou a concepção desse tratado internacional: “Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; [...]”. *O interesse da criança norteou a edição do ajuste internacional e é parâmetro primaz de interpretação e de aplicação de suas normas. Por isso mesmo, o interesse da criança não deve ficar em segundo plano, para que prepondera a rapidez de resposta jurisdicional, eliminando-se fase processual imprescindível para a adequada apuração desse interesse, mormente quando as partes em litígio assacam, uma contra a outra, acusações de violência física e psicológica com afetação da criança. Se o processo vai demorar um pouco mais, ante a imprescindibilidade de instrução probatória (explicitamente admitida pela própria Convenção de Haia de 1980, segundo parte final do seu artigo 13), tal não representa mácula aos princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, mas sim desenvolvimento regular do processo, em atenção às suas peculiaridades, que tornam imprescindível, em defesa da criança, o aprofundamento do exame pelo Poder Judiciário.* Isso também não mancha a imagem do Brasil, na esfera internacional, demonstrando, ao revés, o cuidado que as autoridades jurisdicionais brasileiras imprimem nas causas envolvendo menores. 8. *In casu*, em vista do tempo transcorrido desde a chegada ao Brasil e das acusações de violência que reciprocamente se fazem os pais, mostra-se essencial a realização de prova pericial psicológica, para fins de apuração da situação da criança (seja no que toca à relação com os pais, seja no pertinente à sua inserção e integração no meio social atual) e do seu enquadramento, ou não, no rol de exceções definido nos artigos 12 e 13 da Convenção, que caracterizam óbice à determinação de retorno ao Estado de origem. 9. Como bem asseverado pelo MPF, agiu com desacerto o Juízo a quo, ao indeferir os pedidos de oitiva dos filhos menores da mãe e de elaboração de relatório social circunstanciado pelo Conselho Tutelar, que poderiam “atestar tanto as agressões a que estava submetida a criança quanto a sua adaptação ao território nacional”, sendo reconhecida pela jurisprudência, em casos como o presente, a necessidade de produção de provas. 10. O STJ tem definido, nessa linha: “[...]/3. A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças tem como escopo a tutela do princípio do melhor interesse da criança, de modo que nos termos do *caput* do art. 12 da referida Convenção, ‘Quando uma criança tiver sido ilícitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança’./4. De acordo com o REsp 1.239.777/PE, Rel. Min. César Asfor Rocha, a Convenção da Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica [...]” (2T, REsp 1293800/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 28/05/2013, DJe 05/06/2013); “[...] A Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, ao estabelecer como uma de suas finalidades possibilitar o exercício das relações parentais dentro da legalidade e a preservação dos vínculos familiares e rechaçar qualquer atitude unilateral que possa macular o pleno exercício dessas relações, nada mais fez do que proteger os superiores interesses das crianças, preservando-lhes a dignidade que a condição humana lhes garante [...]” (1T, REsp 1315342/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012); “[...] A Convenção de Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser

avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica [...] (2T, REsp 1239777/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012); “[...] Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado [...] A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas./Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal./Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea ‘b’), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança [...]” (3T, REsp 900.262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 21/06/2007, DJ 08/11/2007). 11. Pelo provimento do agravo retido, invalidando-se a sentença e determinando-se o retorno dos autos ao Primeiro Grau, para fins de realização de perícia psicológica, com todos os cuidados necessários por se tratar de criança de tenra idade. Após a produção dessa prova, em entendendo necessário, o Julgador *a quo* poderá proceder à ouvida da criança (e do seu meio-irmão), igualmente com todas as cautelas necessárias por sua vulnerabilidade (em sala separada, com apoio interdisciplinar especializado e com gravação), na linha do autorizado na Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90). 12. A criança deve permanecer em território brasileiro, enquanto perdurar a lide, aos cuidados da mãe (não se enxergando senões a essa possibilidade, ao menos até o momento presente, seja pelas informações da assistente social da Defensoria Pública da União e mormente em vista da ressalva feita pela própria Justiça italiana, na sentença de definição da guarda exclusiva ao pai, ora tomada apenas como elemento indicativo: “Tuttavia appare eccessiva la pronuncia di decadenza della potestà della madre, in assenza di elementi concreti e specifici suggestivi di grave carenze nello svolgimento delle funzioni genitoriali o comunque indicativi di una inadeguata relazione madre-figlia” - “Todavia parece excessivo pronunciar a decadência do poder da mãe, na ausência de elementos concretos e específicos sugestivos de grave carência no desenvolvimento das funções genitoriais ou mesmo indicativos de uma inadequada relação mãe-filha”, em tradução livre). 13. Apelação prejudicada. DJE - Data: 17/10/2013 - Página: 163 TRF 5 Primeira Turma (grifos e negritos nossos).

Deve, portanto, ser rejeitado o pedido inicial, afastando-se a aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia, devendo o menor Max Iaki Ballard permanecer em território Brasileiro, junto com sua mãe, Vivian Iaki Ballard, sendo o Juiz de Família brasileiro o juiz natural para decidir sobre a guarda do mesmo.

Posto isto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor dado à causa.

Sentença sujeita ao reexame necessário

P.R.I.

Juíza Federal ROSANA FERRI

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0001225-08.2011.4.03.6125**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: PAULO SÉRGIO DE MORAIS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AVARÉ - SP
Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 17/09/2014

I - Relatório:

Trata-se de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal em relação à Paulo Sérgio de Moraes, buscando apurar a prática de atos de improbidade capitulados no art. 11, de forma a aplicar as sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei nº 8429/92, conforme o teor da petição inicial de fls. 02 a 07.

Nesse sentido, o autor aduziu que no exercício de 2005 houve a celebração de termo aditivo contratual, por duas vezes, entre o Município de Iaras e o Prestador de serviços Benito Vicente Donato Transportes - ME, em contrato administrativo que tinha como objeto o transporte escolar de alunos. Apesar do Município justificar sua conduta sob o fundamento de que os referidos aditamentos contratuais se justificavam por ser o trecho percorrido não pavimentado, além de ser a população estudantil do Município instável, a referida justificativa não fora acatada pela Controladoria Geral da União, na medida em as razões acima apontadas deveriam estar expressas nos termos aditivos.

Ainda, foi aduzido pelo membro do MPF, que nos anos de 2005 e 2006, o Município de Iaras homologou os convites de números 15/2005, 17/2005, 27/2005, 12/2006, 17/2006 e 18/2006 para a aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar sem a apresentação de 03 (três) propostas válidas, em inobservância ao disposto no art. 22, § 7º, da Lei de Licitações.

Ainda, que 2 (dois) dos referidos convites, correspondentes aos de números 12/2006 e 27/2005, perfazendo um montante de R\$ 110.377,29 (cento e dez mil, trezentos e setenta e sete reais e vinte e nove centavos), foram adjudicados à empresa Supermercado Dias e Moraes Ltda., em cujo quadro societário figura Maria Aparecida de Moraes, irmã do Prefeito de Iaras. Em sua defesa, conforme apontado no teor da peça inaugural, o Município asseverou que a legislação cabível, quanto ao certame, exige a presença de três convidados e não de três participantes. No entanto, tal justificativa não fora acatada, na medida em que em tal situação, exige-se justificativa circunstanciada de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, sob pena de repetição do convite.

Por derradeiro, o MPF aduz que o Município de Iaras celebrou contrato com o Instituto de Medicina Laboratorial, sem definição de prazo, em ofensa ao disposto no art. 57, § 3º, da Lei nº 8666/93.

Do relatório elaborado pela Controladoria Geral da União – CGU constam indícios de falhas e irregularidades na aplicação de recursos públicos federais, que correspondem a (i) a celebração de termo aditivo contratual (transporte escolar) entre a Prefeitura Municipal de Iaras/SP e o prestador de serviços Benito Vicente Donato Transportes – ME, sem as especificações das razões que teriam ensejado tal aditamento; e (ii) a aquisição de alimentos da merenda escolar em desacordo com a Lei de Licitações.

Determinado ao MPF, por meio da decisão de fl. 11, que comprovasse o repasse das verbas públicas federais ao Município de Iaras, assim como especificasse quais os convênios que deram origem ao repasse dos recursos em relação a cada um dos supostos atos de improbidade relatado, o mesmo se manifestou às fls 13 a 14.

Nesse sentido, o MPF apontou que os recursos discutidos nos presentes autos derivam de transferências que prescindem de assinatura de convênio entre o órgão municipal e o órgão federal.

Após os esclarecimentos, foi determinado pelo juízo a apresentação de manifestação por escrita, por parte do réu, essa acostada aos autos à fl. 18. Regularmente intimado (fl.53), o réu apresentou sua defesa preliminar, às fls. 21 a 44.

Nesse sentido, aduziu o réu pela inexistência de ato de improbidade, visto que os atos por ele praticados ocorreram em benefício da entidade pública, já que os serviços foram efetivamente prestados, não se comprovando a má-fé. Que a cidade por ser de pequeno porte, a maioria dos estabelecimentos comerciais não tem a documentação em ordem ou as mercadorias a serem compradas. Que a proprietária do supermercado com vínculo de parentesco com o réu, a legislação pertinente não veda a sua participação, de modo a ser inócua a alegação de ilicitude simplesmente por tal situação. Que o preço dos produtos foram pagos pelo custo do mercado, não havendo cogitação na inicial ou no relatório da CGU de super-faturamento. Que quanto ao aditamento contratual no que tange ao contrato do transporte de alunos, os serviços foram prestados e não houve nenhuma mácula ao patrimônio público. Que a motivação ocorreu pela necessidade premente e inesperada de aumentar as linhas. Hipótese prevista na Lei nº 8666/93. Que o Município é detentor de vários acampamento do MST, o que traz uma população flutuante variável. Que quanto à prorrogação de prazo de empresa laboratorial, a falta de termo final trata-se de mera irregularidade formal, não gerando prejuízos ao erário e ofensa ao art. 37 da Constituição Federal.

Em decisão proferida às fls. 46 a 48, o juízo recebeu a petição inicial, determinando a citação do réu, a fim de que o mesmo pudesse apresentar resposta, facultando, ainda, ao MPF a comunicação à União acerca da propositura da presente demanda, de modo a que pudesse, se considerasse conveniente, integrar-se ao pólo ativo da ação.

Requerida vista dos autos fora de cartório, pela União, conforme petição de fls. 59 a58, foi lhe deferido o requerimento ante o teor da decisão exarada à fl. 61.

Regularmente citado (fl. 64), o réu apresentou contestação às fls. 63 a 101, oportunidade em que juntou a documentação constante das fls. 102 a 643.

Em tal peça contestatória, o réu alegou preliminarmente, a carência da ação, postulando pela inaplicabilidade da Lei nº 8429/92 aos agentes públicos. Como questão prejudicial aduziu a prescrição. No mérito, o réu aduziu, em suma, pela não configuração do ato de improbidade, na medida em que não houve a conjugação de seus elementos fundamentais, quais sejam, a ilegalidade, a desonestidade e o dolo ou a culpa do agente. Que a inicial não veio com a prova dos danos sofridos pelo erário público, visto que o réu contratou com aqueles que menor preço apresentaram. Que a aquisição de gêneros alimentícios e transporte, ocorreu em caráter de emergência, para atender as necessidades na educação, merenda escolar e transporte.

A União manifestou seu interesse em integrar o pólo ativo da presente demanda na condição de assistente litisconsorcial do MPF, conforme petição de fl. 646. A mesma foi deferida conforme o teor da decisão exarada à fl. 649.

O MPF manifestou-se às fls. 653 a 658, da contestação e documentos apresentados.

Nesse sentido, o MPF, em seu arazoado, aduziu que, preliminarmente, no conceito de agente público inclui-se o de agente político, incluindo-se, portanto, o detentor de mandato eletivo. Que não ocorreu o lapso prescricional, na medida em que o art. 23, I, da Lei nº 8429/92, determina que ações de improbidade podem ser propostas até cinco anos após o fim do exercício do mandato, não tendo transcorrido o prazo referido, visto que o réu ocupa o cargo de Prefeito até a presente data. Que, no mérito, os autos apontam a participação ativa do réu nas irregularidades que lhe são imputadas, uma vez que autorizou e homologou a prática dos atos ali questionados, como autoridade máxima do Município. Que com relação a dois convites referidos na petição inicial foram adjudicados à sociedade empresarial Supermercado Dias e Moraes Ltda., em cujo quadro societário figura Maria Aparecida de Moraes, irmã do réu. Que a ausência de dano ao erário não é causa determinante para a qualificação do ato de improbidade administrativa.

Da mesma forma, a União manifestou-se às fls 661 e 662. Nesse sentido, aduziu que que a legislação de regência não exclui o réu, visto que o julgamento proferido pelo STF referido por aquele, refere-se à Ministro de Estado, sob a guarda da Lei nº 1079/50. Que o autor está no exercício de mandato político, não se aplicando a ele, portanto, o prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei nº 8429/92.

Foi deferido pelo juízo a extração de cópias dos autos pelo réu, às fls. 649-verso e 664.

Determinado pelo juízo a especificação e justificação pelas partes das provas, à fls. 664, o MPF, conforme cota, à fl. 664- verso, manifestou-se no sentido da não realização de novas provas. Do mesmo modo a União, em petição de fl. 666.

Os presentes autos foram remetidos à Subseção de Avaré, conforme o teor da decisão de fls. 667 e 668.

Por meio da decisão de fl. 674, foi firmada competência dessa Subseção, determinando ao réu a regularização de representação processual, no prazo de 10 dias, além de lhe dar ciência das decisões de fls. 649, 664 e 667 a 668. O referido prazo decorreu “in albis”, conforme certidão de fl.676, não havendo, o réu, manifestado-se no sentido da produção de novas provas.

É o relatório do essencial. Decido.

II - Fundamentação:

Preliminarmente: não há prescrição na medida em que a continuidade do mandato, ainda que em razão de reeleição, obsta o início do curso do prazo prescricional na forma do art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429/92).

No mérito, a imputação de descumprimento de dever jurídico no desempenho da função pública, mais especificamente de Prefeito, foi feita tendo por escopo a incidência do art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa para que haja a aplicação da reprimenda na forma do art. 12, III, do mesmo diploma legal. Disso decorre a inexorável necessidade de demonstração efetiva de intenção de frustrar a finalidade consagrada pelo princípio jurídico violado, atentando-se contra a ordem jurídica e o interesse público. Se por um lado, uma vez que se trata de atuação repressiva estatal da qual emerge autêntico juízo de censura, impondo-se, portanto, a necessidade de cognição do elemento subjetivo, vedando-se pela própria natureza do tipo de manifestação da potestade estatal o regime de responsabilidade objetiva que é estranho ao mister punitivo, de outro lado cumpre ter em vista que a forma culposa somente enseja a reprimenda na hipótese do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, de modo

que impõe-se o dolo para que haja a incursão nas sanções decorrentes da aplicação dos arts. 9º e 11, sendo que é tendo em vista apenas a cabeça deste último dispositivo legal que foi formulada a acusação no caso em tela, sem apontar-se a incursão em qualquer das *fattispecies* previstas em seus incisos, o que torna a necessidade de demonstração da violação a qualquer dos princípios que regem a Administração Pública de forma muito mais robusta, impondo-se a recusa manifesta e cabal do quanto exigido pela norma-fim. No mesmo sentido, veja-se a precisa lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (Improbidade Administrativa, 7ª ed, 2013, p. 402-405):

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exigem o dolo do agente; b) a tipologia jurídica inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a mens legis é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

Da jurisprudência do Egrégio STJ colhe-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR QUE SE UTILIZOU DE IMPRESSORA DA CÂMARA DO MUNICÍPIO PARA IMPRIMIR CONVITES EM QUE DIVULGAVA PALESTRAS CONTENDO O SEU NOME E O DE SEU PARTIDO. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO E DO DOLO DO AGENTE. DISTINÇÃO ENTRE ILEGALIDADE E IMPROBIDADE. ERESP. 479.812/SP, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASKI, DJE 27.09.10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DECLARAR IMPROCEDENTE A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CONSEQUENTEMENTE AFASTAR A PENALIDADE IMPOSTA AO RECORRENTE. 1. A Corte de origem não assinalou o dolo ou a má-fé na conduta imputada ao recorrente. Em face dessa situação, não se deve condenar o Servidor ou Administrador por improbidade administrativa, com base no art. 11 da LIA, porquanto tal conduta só é admissível, em tese, nas hipóteses do art. 10 da mesma Lei. 2. A negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade administrativa. 3. Recurso Especial provido para declarar improcedente a Ação de Improbidade Administrativa e, conseqüentemente, afastar as penalidades imposta ao recorrente. (STJ, RECURSO ESPECIAL – 1200273, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27.08.2013)

De igual modo entende o TRF3:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ. Não era exigível da ré ou de seus administradores conduta diversa para resolver emergencialmente, e por prazo exíguo, a falta de pessoal para a continuação da prestação dos serviços. Diante da omissão do órgão responsável por autorizar

a abertura de concurso público para as diversas áreas da ré, procedeu-se à licitação na modalidade convite, para que as empresas prestadoras de serviços pudessem fornecer a mão de obra necessária para suprir as deficiências, por curto espaço de tempo. A lei é regra de conduta geral e deve ser observada como norma de convivência social, mas não pode ser interpretada de forma a macular a honra das autoridades investidas, ainda que temporariamente, de uma parcela de poder político, como no caso dos autos. Evidente que a manifestação de vontade da Codesp através de seus dirigentes, não teve como finalidade causar dano, quer patrimonial, quer moral, à empresa. Apelações improvidas. (TRF3, APELAÇÃO CÍVEL – 1778000, Relatora Des. Fed. Marli Ferreira, julgamento em 07.11.2013)

E na mesma linha posiciona-se o TRF1:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇU/GO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS. SUPERFATURAMENTO. NÃO CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ. APELO NÃO PROVIDO. 1. O contexto fático-probatório não é suficiente para comprovar que a aquisição de dois veículos automotores VW Kombi Escolar 1.6 pela prefeitura de Araçu/GO deu-se em valor superior ao aplicado no mercado, competindo o ônus da prova ao Ministério Público Federal, porquanto não pode haver condenação com base em mera presunção ou ilação. 2. O procedimento licitatório, na modalidade carta convite, foi realizado em consonância com as exigências legais, tendo havido a participação de 03 empresas, na qual a Belcar Veículos S/A apresentou a proposta de menor valor, sagrando-se vencedora do certame. 3. Inexistindo prova de dolo ou má-fé na conduta imputada ao demandado, não pode este ser apenado de forma objetiva. 4. Apelo não provido. (TRF1, APELAÇÃO CIVEL – 200935000245233, Relatora Des. Fed. Mônica Sifuentes, julgamento em 27.05.2014)

Posta a necessidade do elemento subjetivo, mais precisamente do dolo, cumpre apontar outro aspecto que se revela essencial ao deslinde da *quaestio*.

Se toda atuação ilegal caracterizar improbidade e toda improbidade for uma ilegalidade, então, os dois conceitos são, na verdade e por decorrência lógica, um só, havendo a diversidade de signos para um mesmo significado apenas por conveniência linguística, pois nada mais são do que sinônimos. Por outro lado, parece melhor entendimento aquele que compreende que nem toda ilegalidade representa uma improbidade, ainda que toda improbidade seja a concretização de um ilícito, de modo que o conjunto de atos ilegais é maior e engloba o mais restrito círculo no qual estão contidos os atos de improbidade. Uma diferenciação lógico-linguística preliminar que se revela fundamental para o que passa a ser exposto.

A caracterização de algo como ímprobo sujeita quem o comete à repressão estatal e para tanto é exigido o dolo no caso dos arts. 9º e 11, bem como admite-se a caracterização na modalidade culposa quando tem-se em vista o art. 10. Sujeito ao juízo de censura, ensejando a punição, revela-se hialino ser a improbidade não apenas coisa diversa, mas mais grave e repulsiva, do que a ilegalidade. No mesmo sentido, José Antonio Lisboa Neiva (*Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*, 2005, p. 17) ao comentar a possibilidade de cometimento de improbidade por violação do princípio da legalidade:

A interpretação literal chegaria ao absurdo e poderia caracterizar como ímproba – com todas as graves sanções impostas pelo constituinte e legislador ordinário – a simples violação das normas de trânsito por um servidor público, condutor de uma viatura oficial. Poder-se-ia

cogitar, outrossim, da hipótese em que o agente público viesse a anotar um recado pessoal em papel da repartição pública, com afronta em tese à Lei e com prejuízo ao erário. Não resta dúvida de que este último exemplo, pela sua insignificância afastaria qualquer responsabilidade do agente, mas é de fundamental importância delimitar um conceito de improbidade administrativa que evitasse confusão com outras figuras jurídicas (v.g. ilegalidade), distorções e injustiças.

Na medida em que a improbidade é diversa e mais grave do que a ilegalidade, não se admite que em casos nos quais há apenas um defeito formal na formação ou continuidade de contratos administrativos, sem que haja efetiva restrição à igualdade de competição, ocorra a incidência da censura emanada do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Isso sem sequer entrar no mérito da absoluta ausência de prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, vez que sequer há tais imputações no caso em tela, presumindo-se a idoneidade da prestação de serviços e fornecimento de bens na ausência de notícia de superfaturamento ou descompasso entre patrimônio e renda.

A contratação de fornecimento de bens com sociedade empresarial na qual a irmã do réu figura como sócia minoritária, por sua vez, deve ser compreendida tendo em vista o diminuto tamanho do município de Iaras/SP, cuja população apurada pelo IBGE¹ no Censo de 2010 era de apenas 6.376 habitantes. Realmente seria estranho que em Bauru, Sorocaba ou São José dos Campos ocorresse tal fato, mas tratando-se de urbe minúscula não deve surpreender que haja uma relação entre parente do Prefeito e o município, mormente quando nenhum elemento fáctico surgiu a indicar enriquecimento ilícito de qualquer um dos irmãos, sendo o preço praticado aquele normal na espécie, ausente sequer indício de superfaturamento, bem como não tendo sido sequer ventilado ganho extravagante a incrivelmente ampliar o patrimônio de qualquer um dos envolvidos. Aliás, fosse o caso de lucro indevido, então seria de rigor o direcionamento da ação de improbidade em face dos terceiros beneficiados, não podendo sequer figurar isolado no pólo passivo apenas o agente público.

Cumprir notar que a combinação dos parágrafos 3º e 7º do art. 22 da Lei de Licitações não exige, ao contrário do quanto sustentam CGU e MPF, que tenha havido três propostas válidas, mas três convites e até mesmo possibilita a contratação sem que seja alcançado tal número quando houver veemente limitação mercadológica, o que se observa no caso em tela quando vista a diminuta dimensão da urbe. Também em vista do tamanho e da estrutura do município não é difícil concluir que, dada a ausência de qualquer alegação de fraude, enriquecimento ilícito ou má-fé, erros jurídicos na contratação derivam da falta de planejamento e de assessoria adequada - e não de um proceder desonesto.

Por fim, cumprir notar que a caracterização da improbidade administrativa não se confunde com a mera irregularidade, sendo que até mesmo esta última poderia eventualmente ser debatida em demanda na qual poderia o Município ser compelido a atuar de modo diverso, mas isso em sede de juízo de adequação às melhores práticas administrativas, algo absolutamente diverso da hipótese em tela na qual almeja-se a punição do administrador da coisa pública que, aliás, não se pode esquecer estar submetido naturalmente ao juízo eleitoral que responde nas urnas ao gestor a respeito de como foi seu mandato.

Assim, o caso é de improcedência.

A respeito da necessidade de condenação em honorários em virtude da sucumbência,

¹ Consulta ao site do IBGE em 12.09.2014: <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=351925&search=sao-paulo|jaras>.

não há como admitir que haja condenação no caso de procedência e não exista na improcedência, sob pena de consagrar-se modelo assimétrico, violador da igualdade e que coloca o cidadão em permanente estado de sujeição moral e patrimonial decorrente de grave imputação que tem em seu desfavor. Note-se que MPF e União não são hipossuficientes e nem precisam de benesses extraordinárias para cumprir seus compromissos institucionais, devendo estar submetidos aos mesmos riscos que o cidadão comum – este sim vulnerável perante o poderio estatal. Uma benesse processual que prestigia a atuação das associações em juízo e que tem em vista a parca disponibilidade de recursos normal a tal espécie de agrupamento saído do seio da sociedade civil não pode, *tout court*, ser estendido ao Estado, a não ser que se queira consagrar um Leviatã e como tal o homem servir ao Estado quando o aceitável é apenas o inverso. Pertinente, portanto, a advertência de Nagib Slaibi Filho e Romar Navarro de Sá (*Sentença cível: fundamentos e técnica*, 7^a ed., 2010, p. 134):

Desnecessário observar que todas as normas que estabeleçam prerrogativas processuais devem ter interpretação restrita e não incidem se não tiverem, na aplicação, a eficácia de suprirem deficiências das partes, visando a lhes assegurar real tratamento igualitário.

Outra não é a conclusão alcançada por Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 25^a ed, 2012, p. 630-634):

Qual é a situação dos demais colegitimados, em face dos encargos da sucumbência?

Os legitimados desprovidos de personalidade jurídica (como o Ministério Público e órgãos estatais de defesa de interesses transindividuais, sem personalidade jurídica própria) responsabilizam a entidade a que pertencem; os demais legitimados (pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), arcam com os encargos da sucumbência, ressalva feita à situação especial das associações civis, já examinada acima.

[...]

Em caso de improcedência, não tendo o Ministério Público personalidade jurídica, não poderá ser condenado a pagar custas, honorários advocatícios ou outras despesas processuais: a responsabilidade pelos encargos da sucumbência será do Estado, quando se trate de atuação do Ministério Público estadual, ou da União, no tocante à atuação de qualquer dos ramos do Ministério Público da União. Nesse sentido, corretamente o Estatuto do Idoso aduz que, nas ações civis públicas, não se imporá sucumbência ao Ministério Público.

[...] Quanto ao mais, já anotamos que o art. 18 da LACP não isenta os autores de ação civil pública dos encargos da sucumbência salvo tenham agido de má-fé, mas sim só isenta a associação autora que não agiu de má-fé.

No mesmo sentido, veja-se o abalizado vaticínio de José Maria Rosa Tesheiner (*Ações Coletivas Pró-Consumidor*. Ajuris, Porto Alegre, (54): 75-106, mar. 1992):

Há que se distinguir adiantamento de despesas processuais e pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios. Qualquer que seja o autor da ação coletiva, não se exige que adiante numerário correspondente a despesas processuais (custas, emolumentos, honorários periciais, etc.). Julgada improcedente a ação, há condenação do autor nas despesas processuais e em honorários advocatícios, sendo ele o Ministério Público, a União, Estado, Município, o Distrito Federal, entidade ou órgão da administração pública, direta ou indireta. A sucumbência do Ministério Público ou de outro órgão da administração pública, sem personalidade jurídica, acarreta a condenação da pessoa jurídica em que se integra (União, Estado, Município, Distrito Federal). Julgada improcedente ação proposta por associação, não há condenação dela

no pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, salvo no caso de litigância de má-fé, tal como ocorria no sistema do CPC de 1939, por força do seu art. 63.

O Código do Consumidor não cogita da eventual má-fé do agente do Ministério Público ou de outro órgão da administração pública. A condenação somente é imponível, e *ex officio*, à associação autora e aos diretores responsáveis.

Com a mesma fundamentação e alcançando o mesmo entendimento tem-se, ainda, o vaticínio de Cassio Scarpinella Bueno (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol.2, tomo III, 2010, p. 239 e 240):

Da leitura do dispositivo é correta a conclusão de que “as ações civis públicas”, isto é, os processos em que os legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 pretenderem a tutela jurisdicional dos bens jurídicos referidos em seu art. 1º, afastam-se do regime de custas do Código de Processo Civil (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Diferentemente não há adiantamento de custas nem das despesas processuais em geral. Isto, contudo, não significa que os referidos arts. 17 e 18 tenham tornado gratuita a “ação civil pública”. O que há é a desnecessidade de adiantamento das custas e não a desnecessidade de seu pagamento a final, uma vez fixados os responsável pela “sucumbência”.

Apenas as associações (art. 5º, V, da Lei nº 7.347/85) é correto sustentar a regra da gratuidade: nem adiantamento nem responsabilização final pelas custas e despesas processuais. Mesmo com relação a elas, contudo, deve ser observada a diretriz do art. 17 da Lei nº 7.347/1985, segundo a qual “em caso de litigância de má-fé”, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Afinal, mesmo o art. 18 da Lei da Ação Civil Pública que prevê a isenção dos honorários sucumbenciais prevê tal excepcionalidade apenas e expressamente em relação às associações – e não em favor da União e do MPF. Como a União responde financeiramente pelo MPF, é ela que deverá arcar com os honorários advocatícios que são fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

III – Dispositivo:

Julgo improcedente o pedido.

Condene os autores ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de honorários advocatícios aos patronos do réu com divisão por igual entre os profissionais que atuaram em sede defensiva.

Ao SEDI para as regularizações necessárias, visto que o Advogado Tiony Aparecido de Barros, um dos advogados responsáveis pela defesa do réu, foi cadastrado como Advogado da União.

Remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região para reexame necessário.

Como o réu não atendeu ao comando jurisdicional que determinou o esclarecimento a respeito de qual seria o causídico que estaria agora incumbido de sua defesa, de forma que a intimação na pessoa de qualquer dos Advogados com procuração às fls. 102 (Saulo de Oliveira Baldani – OAB/SP nº 75.727) e 648 (Tiony Aparecido de Barros – OAB/SP nº 223.223) será considerada válida para fins de ciência do réu que não pode aproveitar-se de confusão a qual deu causa. Considera-se revogada tacitamente a procuração de fl. 45, sem prejuízo da parti-

cipação do rateio dos honorários sucumbenciais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se atentando ao aduzido supra a respeito da revogação tácita de um dos mandatos.

Avaré, 16 de setembro de 2014.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

EMBARGOS DE TERCEIROS

0000877-64.2014.4.03.6131

Embargantes: BIANCA FANTASIA CORREA E JULIA FANTASIA CORREA

Embargada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/08/2014

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de embargos de terceiros, distribuídos por dependência em autos de execução por título extrajudicial, movimentados por BIANCA FANTASIA CORREA e JÚLIA FANTASIA CORREA, menores absolutamente incapazes (representadas, para o ato, pela mãe CAROLINA LUCIANA FANTASIA), contra a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. Sustentam preliminar de irregularidade na representação processual, nulidade do título executivo, e, quanto ao mérito, pretendem a desconstituição do crédito pretendido pela embargada. Juntaram documentos às fls. 11/62.

A embargada apresenta contestação, às fls. 69/72 arguindo, em preliminar, a inépcia da petição inicial, contestando as preliminares opostas à execução, bem como, quanto ao mérito, pugnano pela improcedência da demanda.

É o relatório.

Decido.

A questão versada revolve condições da ação, tema que pode ser conhecido diretamente pelo Juízo, *ex officio*, sendo por tais razões, dispensada a intercessão prévia do DD. *Parquet* Federal, até mesmo porque as conclusões que ora se adotam são coerentes com a objetividade jurídica tutelada pela intervenção, nos autos, deste importante Órgão da República. Entretanto, e em reverência à atuação funcional do MPF, delibero no sentido de se dar vista dessa sentença ao Douto Representante Ministerial, oportunamente.

Está presente hipótese de ilegitimidade passiva *ad causam* das executadas indicadas na petição inicial da execução que ora vem a talho.

A inicial da demanda satisfativa foi dirigida contra ESPÓLIO DE MISAEL RICARDO CORREA. Ocorre que, como informa a própria exequente, *não há* registro de abertura de processo de inventário, demonstração efetivada pela documentação acostada à inicial da execução às fls. 45/46 desses autos.

Nesta circunstância, não há como admitir o redirecionamento da execução, sem mais, àquele quem, supostamente, seria o administrador provisório da deixa, nem mesmo com base no que dispõe o *art. 1.797, II do CCivil*.

Por evidente, que não se desconhecem os precedentes jurisprudenciais que admitem, até a assinatura do termo de compromisso e posse do inventariante, a *legitimatío ad causam* do administrador provisório (cf. nesse sentido, *v.g.*: TAPR, 8ª Câmara Cível, Ap. nº 0220519-4, Rel. Juiz Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, ac. 29.04.2003, DJPR 09.05.2003).

Mas isto – bem compreendido – desde que *haja processo judicial de inventário já instaurado, ou em vias sê-lo*, e que, por qualquer motivo, ainda não nomeou inventariante definitivo. Somente nesses casos, e com esta remarcada característica de *transitoriedade* é que se admite (nos termos dos arts. 985 e 986, ambos do CPC), a representação processual – pre-

cária e transitória – desse administrador que, como o próprio nome diz, há de ser *provisório*.

Digo isto porque essa possibilidade de ajuizamento da ação em face do administrador provisório *passa a não mais existir, nas hipóteses em que não há notícia de inventário instaurado ou em vias disso ocorrer*.

Nesses casos, bem obtempera a jurisprudência dos Tribunais, que não se admite, de forma alguma, o redirecionamento, puro e simples, da execução em face dos herdeiros. É do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA o precedente que indico na sequência:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO FORMULADO CONTRA OS HERDEIROS DO SÓCIO-GERENTE.

1. Conforme orientação desta Corte, é viável o redirecionamento da execução fiscal na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pois tal circunstância acarreta, em tese, a responsabilidade subsidiária dos sócios, que poderá eventualmente ser afastada em sede de embargos à execução.

2. *Contudo, no caso dos autos, a Fazenda Nacional requer o redirecionamento do processo executivo fiscal para os herdeiros do representante legal da empresa executada.*

3. Nos termos do art. 4º, III, da Lei 6.830/80, “a execução fiscal poderá ser promovida contra o espólio”. “O termo espólio pode ser usado como sinônimo de herança. Na prática, porém, utiliza-se no sentido de herança inventariada, ou seja, herança em processo de inventário” (FIUZA, Cesar. “Direito civil: curso completo”, 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pág. 1.003). *Na hipótese, a própria recorrente admite que inexistente inventário. Ressalte-se que, nos termos do art. 985 do CPC, “até que o inventariante preste o compromisso (art. 990, parágrafo único), continuará o espólio na posse do administrador provisório”, de modo que este “representa ativa e passivamente o espólio” (art. 986).*

4. Por tais razões, *é imperioso concluir que: 1) antes de se efetuar a partilha, é viável o pedido de redirecionamento do processo executivo fiscal para o espólio, que será representado pelo administrador provisório, caso não iniciado o inventário, ou pelo inventariante, caso contrário; 2) efetuada a partilha, por força do disposto no art. 4º, VI, da Lei 6.830/80 (“a execução fiscal poderá ser promovida contra sucessores a qualquer título”), é possível redirecionar a execução para o herdeiro, que responde nos limites da herança (art. 1.792 do CC/2002), “cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube” (art. 1.997 do CC/2002).*

5. *Assim, como bem ressaltou o Tribunal a quo, inexistindo inventário, mostra-se inviável, desde logo, incluir os herdeiros no pólo passivo do processo executivo fiscal. Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de novo pedido de redirecionamento, dentro das circunstâncias supramencionadas.*

6. Recurso especial desprovido (g.n.). (REsp 200601840124, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 12/05/2008).

Até porque, convenha-se que admitir, em casos que tais, o simples e raso ajuizamento da execução em face dos herdeiros (ou o redirecionamento de ação já ajuizada, o que dá no mesmo) implicaria vulneração frontal e imediata dos dispositivos legais constantes dos arts. 1.792 e 1.997, ambos do CC.

Isso porque, como cediço, os herdeiros respondem pela dívida do falecido nos limites das forças da herança recebida, e, como diz a lei, *verbis* “cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube” (art. 1.997 do CC/2002).

Ora, é justamente essa *delimitação de responsabilidade dos herdeiros* que se prejudica na hipótese aqui adversada, porquanto ela *somente é possível a partir do momento em que se torna conhecida a universalidade de bens que compõe a herança, e, via de consequência, a*

extensão dos quinhões individuais de cada um dos sucessores. E esse conhecimento somente tem lugar a partir da instauração do competente processo de inventário ou, pelo menos, de um arrolamento de bens.

Sem esse cuidado, incide-se no risco, não irrelevante, de que as partes executadas acabem respondendo pelo débito como um todo, de forma integral, e sem qualquer limite, decerto para muito além das forças da herança.

Justamente por esta razão é que, pelo cuidado que a tanto deve dispensar o Juiz da execução, não há como acatar o ajuizamento da execução forçada em face das pessoas aqui indicadas, nem mesmo na condição de administradoras provisórias da herança (que elas não são porque não existe processo de inventário em curso), porque presente possibilidade concreta de que a execução extrapole aos limites das responsabilidades dos sucessores, aqui acionados diretamente.

Bem por esta razão, é que os Tribunais Regionais Federais do País, sensíveis a esta vicissitude têm obstado, nestas hipóteses, o ajuizamento direto da execução, ou seu redirecionamento em face dos sócios.

Arrolo, na sequência, precedente do C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CÔNJUGE SUPERSTÍTE. SUPOSTO ADMINISTRADOR PROVISÓRIO DO ESPÓLIO. FALTA DE PROVA DE EXISTÊNCIA DE INVENTÁRIO. REJEIÇÃO DO PEDIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A indicação do cônjuge supérstite pelo Fisco é baseada unicamente na ordem preferencial de nomeação de administrador de herança explicitada no art. 1.797 do Código Civil Brasileiro em vigor, *quando paira relevante dúvida objetiva em relação ao próprio curso de qualquer inventário*, considerando-se o fato de o óbito de NICOMEDES ALVES GUEDES ter ocorrido em 20 de maio de 2003.

2. Diante de tão largo transcurso de tempo, cumpre à Fazenda Nacional diligenciar para obter informações mais concretas quanto à situação patrimonial da empresa devedora e possíveis corresponsáveis.

3. Fundamentos do decisório de primeiro grau: “A documentação acostada às fls. 93/98 não comprova a qualidade de representante legal do espólio da pessoa indicada, inviabilizando o pedido da exequente. Ademais, decorridos 10 (dez) anos do óbito, é possível supor que tenha ocorrido partilha de bens do ‘de cujus’. Neste caso, caberia a seu(s) herdeiro(s) responder(em) pela dívida, na medida de seu quinhão, a teor do art. 597 do Código de Processo Civil”. Agravo de instrumento desprovido (g.n.). (AG 00051087720134050000, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data:10/10/2013 - Página: 170.)

É exatamente a situação que se prenuncia em causa, já que o óbito do devedor deu-se aos 07/03/2010, quase quatro anos antes de ajuizada a execução, conforme certidão de óbito de fls. 44. O que permite supor que não vá mesmo se realizar qualquer inventário, e já até tenha ocorrido a partilha dos bens entre os herdeiros.

Sucedo que, da forma como veio ao protocolo judiciário, a execução não pode ser aceita, porque, pura e simplesmente, *substitui o de cujus, diretamente* por seus herdeiros (e não por seu espólio, transitoriamente representado pelo administrador provisório), que, a partir desse momento, passam a responder de forma *pessoal e ilimitada pelo valor total do débito*. O que, como visto, contraria o disposto nos arts. 1792 e 1997 do CCivil.

Bem por isso, aliás, é que a situação não retrata irregularidade ou ausência de *representação processual* (falta de pressupostos). A hipótese é de *carência de ação* por ausência

de *legitimidade passiva das executadas*, que não ostentam legitimação para responder, em nome próprio, por débitos do *de cuius*. Quem responde pelos débitos do autor da herança é o seu espólio, e não seus sucessores, diretamente.

Em remate, pondere-se que, com a superveniência da morte do devedor, deve se seguir, *necessariamente*, a abertura de inventário (ou qualquer um dos sucedâneos admissíveis) no prazo máximo de 30 dias, conforme determinação do art. 1.796 do CC (art. 983 do CPC). É claro que, por isso mesmo, *a situação denunciada nos autos é obviamente irregular*.

Irregularidade, entretanto, que *não impede a credora de prosseguir no intento se satisfazer o seu crédito, porque detém legitimidade concorrente para a abertura do inventário o credor do autor da herança (art. 988, VI do CPC)*. Daí porque, em ordem a satisfazer o direito que advém do título, deve a aqui exequente, seguindo os recortes legais aplicáveis, requerer ao *Juízo competente* a abertura do inventário do *de cuius*, como forma de exigir o seu crédito, aí sim, em face de um *espólio* regularmente constituído.

Da forma como consta dos autos, outra solução não resta senão o indeferimento da petição inicial da execução (parte manifestamente ilegítima: *CPC, art. 295, II*), com a consequente extinção do processo, sem apreciação do mérito.

Sendo esta a solução, que se adota de ofício (*art. 267, § 3º do CPC*), restam prejudicados os embargos de terceiros aqui aviados. Não há necessidade para o processo de embargos, se a execução de que este é dependente foi, embora por outro motivo, extinta.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta:

(1) Reconheço, *ex officio*, a ilegitimidade passiva *ad causam* das ora embargantes, executadas nos autos do apenso, e o faço para, com fundamento nos arts. 1792 c.c. 1997, ambos do CC, c/c art. 295, II e 267, VI, c.c. art. 591, do CPC, JULGAR EXTINTA, sem resolução do mérito da lide, a execução que tramita no apenso (*Processo nº 0000087-80.2014.403.6131*), determinando-se, o levantamento de todas as eventuais medidas constritivas ali porventura existentes; e,

(2) *Em consequência*, reputo a prejudicados os presentes embargos de terceiros, e o faço para JULGAR EXTINTO o processo, sem apreciação do mérito, por ausência de interesse de agir, modalidade necessidade, tudo com fundamento no art. 295, III c.c. art. 267, VI, ambos do CPC.

Tendo em vista que a exequente deu causa ao ajuizamento da presente demanda, deverá responder pela sucumbência. Arcará a embargada/ exequente, vencida, com o reembolso das custas e despesas processuais eventualmente adiantadas pela parte contrária, e mais honorários advocatícios, que estabeleço, com fundamento no artigo 20, § 3º do CPC, em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito.

Traslade-se esta sentença, por cópias simples, para os autos da execução em apenso, procedendo-se às devidas certificações.

Ad cautelam, ciência ao MPF.

P.R.I.

Botucatu, 12 de agosto de 2014.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (re-messa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

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