

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

ANO XXV - N. 122 - JULHO/SETEMBRO DE 2014 - ISSN 1982-1506



A nova responsabilidade das empresas perante a Lei nº 12.846/2013 ("Lei Anticorrupção"): inovações e considerações

Karen Louise Jeanette Kahn
Procuradora da República

Aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006 às "mulas" do tráfico internacional de drogas: novo enfoque à luz da Lei de Organizações Criminosas

Tiago Bologna Dias
Juiz Federal

A prejudicialidade da ação declaratória de produtividade e suas implicações nos processos de desapropriação para fins de reforma agrária

Madja de Sousa Moura Florencio
Juíza Federal

Os efeitos da dualidade de instâncias no direito antitruste brasileiro

Marcelle Ragazoni Carvalho
Juíza Federal

A necessária distinção objetiva entre o traficante e o usuário na Lei de Drogas

Simone de Alcantara Savazzoni
Analista Judiciária



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. 122	p. 1-516	jul./set. 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

NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003

WALTER DO AMARAL - 21/5/2003

LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003

Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003

Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003

ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004

Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010

JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010

DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010

FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011

PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013

MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013

TORU YAMAMOTO - 04/10/2013

MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013

TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013

Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013

DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 01/09/2014.

⁽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
MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal
DENISE AVELAR - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
ANTONIO CEDENHO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

MÁRCIO MORAES
DIVA MALERBI
NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA - Presidente

SEXTA TURMA:

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

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE - Presidente
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO
MÔNICA NOBRE

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
MARCELO SARAIVA
VALDECI DOS SANTOS - Juiz Federal

NONA TURMA:

MARISA SANTOS - Presidente
NELSON BERNARDES
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA - Presidente
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
WALTER DO AMARAL
LUCIA URSIAIA

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 nova responsabilidade das empresas perante a Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”): inovações e considerações

Karen Louise Jeanette Kahn..... 15

Aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006 às “mulas” do tráfico internacional de drogas: novo enfoque à luz da Lei de Organizações Criminosas

Tiago Bologna Dias..... 27

A prejudicialidade da ação declaratória de produtividade e suas implicações nos processos de desapropriação para fins de reforma agrária

Madja de Sousa Moura Florencio 39

Os efeitos da dualidade de instâncias no direito antitruste brasileiro

Marcelle Ragazoni Carvalho 57

A necessária distinção objetiva entre o traficante e o usuário na Lei de Drogas

Simone de Alcantara Savazzoni 67

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Dispensa de licitação para prestação de serviços laboratoriais. Majoração da tabela do SUS.

AC 0001336-77.2001.4.03.6113

Desembargadora Federal Marli Ferreira 85

Responsabilidade civil do Estado em razão de omissão. Hemofílico infectado por vírus causador da Hepatite “c” e por HIV. Descumprimento do dever de fiscalização por parte dos entes estatais.

ApelReex 0004077-17.2001.4.03.6105

Desembargador Federal André Nabarrete 94

Improbidade administrativa. Ação cautelar de indisponibilidade e sequestro de bens. Lesão ao patrimônio público. Enriquecimento ilícito. Plausibilidade do direito invocado e urgência da medida.

AC 0000021-07.2003.4.03.6125

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 116

Multa de trânsito. Processo administrativo. Necessidade de dupla notificação.

Ag AC 0003658-44.2003.4.03.6002

Juiz Federal Convocado Ciro Brandani 128

Livre exercício profissional. Técnico agropecuário. Expedição de receituário para venda de agrotóxicos. Habilitação legal.

Ag AC 0005758-77.2005.4.03.6106

Desembargadora Federal Mônica Nobre 133

Multa. Divulgação de medicamentos em serviço gratuito de fórum de debates virtuais. Atipicidade da conduta do provedor de “internet”. Ilícito.

AC 0043402-83.2006.4.03.6182

Desembargador Federal Mairan Maia 138

Atendimento domiciliar a paciente em estado vegetativo. Programa “Melhor em casa”: atendimento em domicílio vinculado ao SUS em tudo similar a “home care”.

AI 0018948-48.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom di Salvo 143

Suspensão de Medida Liminar em Mandado de Segurança Coletivo. Ordem dos Músicos do Brasil. Abstenção da exigência, dos músicos do Estado de São Paulo, do pagamento de anuidades e do porte de carteira profissional para o exercício de sua atividade. Manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.

SLAT 0018599-74.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 147

DIREITO CIVIL

Ação Civil Pública ajuizada pela OAB visando declaração de inexistência de relação de enfiteuse no município de Jales. Direitos individuais homogêneos, divisíveis e disponíveis, oriundos de relação jurídica tipicamente de direito privado. Inexistência de relação de consumo. Ilegitimidade ativa.

AC 0000765-63.2007.4.03.6124

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita.....151

Instituições bancárias. Carta de crédito. Inexistência de garantia à celebração de contrato de financiamento imobiliário. Imóvel objeto de arrematação. Dano moral.

AC 0024046-23.2007.4.03.6100

Desembargador Federal Peixoto Junior 157

Propriedade industrial. Ação de nulidade de registro de marca. Marca fraca. Segmento mercadológico semelhante. Impossibilidade de convivência. Aptidão para causar confusão, dúvida ou erro no consumidor.

AC 0025055-49.2009.4.03.6100

Desembargador Federal José Lunardelli..... 163

Contrato de financiamento. Morte do cônjuge. Contrato de seguro. Alegação de doença preexistente.

AI 0018586-12.2013.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira.....171

DIREITO CONSTITUCIONAL

Naturalização. Pedido administrativo. Declaração de inexistência de impedimento e proibição de arquivamento do pedido. Condenação penal. 15 anos de residência. Condenação anterior, em 1973. Nacionalidade e soberania nacional. Juízo político-discrecionário.

AC 0015131-09.2012.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Muta 177

DIREITO PENAL

Estelionato contra o INSS. Unificação de processos afastada. Materialidade e autoria comprovadas.

ACr 0001604-49.2001.4.03.6108

Desembargadora Federal Cecilia Mello 183

Inserção de dados falsos em sistema de informações. Nulidade do processo administrativo. Cerceamento de defesa. Materialidade e autoria comprovadas. Continuidade delitiva.

ACr 0010041-15.2005.4.03.6181

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 197

Descaminho. Suspensão do processo. Transação penal. Medidas cautelares. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Erro de tipo. Dolo eventual. Tentativa.

ACr 0002154-59.2006.4.03.6111

Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 209

Crime de tentativa de roubo a veículo dos Correios. Desistência voluntária. Ameaça remanescente. Suposto crime que se apura mediante representação da vítima. Princípio da identidade física do juiz. Juiz removido.

ACr 0003012-13.2008.4.03.6114

Desembargador Federal Luiz Stefanini 223

Importação de medicamentos destinados a fins terapêuticos ou medicinais de uso proibido ou restrito no país. Impossibilidade da aplicação da pena prevista para o delito de tráfico de entorpecentes.

ACr 0006706-94.2011.4.03.6110

Desembargador Federal Paulo Fontes 229

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Contagem recíproca. Declaração de tempo de serviço rural anterior à edição da Lei nº 8.213/1991. Certidão de tempo de serviço. Necessidade de contribuição ou indenização.
 Ag AR 0004705-51.2002.4.03.0000
 Desembargador Federal Souza Ribeiro 243

Seguro-desemprego. Empregado que aderiu a plano de demissão voluntária.
 AC 0005596-94.2005.4.03.6102
 Desembargadora Federal Lucia Ursaia..... 251

Benefício assistencial. Portador de deficiência. Requisitos preenchidos. Embargos de declaração. Acórdão proferido. Competência para julgamento da turma. Omissão. Caracterização. Efeitos infringentes.
 EDcl ApelReex 0047658-30.2007.4.03.9999
 Desembargador Federal David Dantas.....255

Aposentadoria por tempo de serviço. Reconhecimento de tempo de serviço rural. Atividade especial. Serviços gerais em hospital. Conversão de tempo especial em comum. Requisitos não implementados antes da EC nº 20/1998. Pedágio não cumprido.
 AC 0013665-59.2008.4.03.9999
 Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 265

Auxílio-reclusão. Segurado desempregado na data da prisão. Período de graça. Verificação do último salário de contribuição. Baixa renda não caracterizada.
 Ag AC 0005616-92.2009.4.03.9999
 Desembargador Federal Fausto De Sanctis.....287

Aposentadoria especial. Empregado de indústria calçadista. Insalubridade. Perícia em ambiente similar.
 ApelReex 0003658-55.2010.4.03.6113
 Desembargador Federal Sérgio Nascimento 294

Pensão por morte. Incidente de juízo de retratação. Manutenção do pagamento de pensão por morte a filho maior de 21 anos e não inválido. Vedação legal. Valores recebidos por força de tutela judicial. Restituição indevida.
 Ag AMS 0003672-51.2010.4.03.6109
 Desembargador Federal Baptista Pereira 299

Pensão por morte. Perda da qualidade de segurado. Não ocorrência. Moléstia incapacitante. Requisitos preenchidos.
 Ag AC 0018596-37.2010.4.03.9999
 Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 302

<i>Revisão de benefício. Decadência. Prazo decenal. Julgamento por decisão monocrática.</i> Ag AC 0008224-94.2011.4.03.6183 Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos.....	306
<i>Pensão por morte. Filho inválido. Beneficiário de aposentadoria por invalidez em razão de acidente de trabalho. Não preenchidos os requisitos legais.</i> Ag ApelReex 0009670-48.2011.4.03.6114 Desembargadora Federal Tânia Marangoni.....	311
<i>Aposentadoria por invalidez. Período com vínculo empregatício. Desconto em sede de liquidação. Impossibilidade. Cálculos elaborados de acordo com o título exequendo.</i> AgRg AC 0001558-47.2012.4.03.6117 Desembargador Federal Walter do Amaral.....	319
<i>Pensão por morte. Erro de fato não configurado. Documentos novos aptos a reverter o pronunciamento judicial. Procedência do pedido de desconstituição do julgado e procedência do pedido originário.</i> AR 0017116-77.2012.4.03.0000 Desembargador Federal Toru Yamamoto	322
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	
<i>Mandado de Injunção. Impetração contra indeferimento de petição inicial de Ação de Cobrança. Descabimento. Inexistência de lacuna legislativa que permita a impetração.</i> MI 0016849-28.2000.4.03.0000 Desembargadora Federal Salette Nascimento.....	337
<i>Embargos de Declaração. Agravo. Decisão monocrática. Execução. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Rediscussão de matéria já decidida.</i> EDcl AC 0005721-42.2007.4.03.6183 Desembargadora Federal Daldice Santana.....	340
<i>Ação Rescisória. Ajuizamento contra segurados já falecidos. Fato de prévio conhecimento da autarquia. Extinção do feito pela decadência.</i> Ag AR 0026166-98.2010.4.03.0000 Desembargadora Federal Marisa Santos.....	346
<i>Ação Rescisória. Agravo Regimental. Aposentadoria por invalidez. Processo interdição. Incapacidade absoluta. Pronunciamento. Ausência. Erro de fato. Ocorrência.</i> AgRg AR 0027117-24.2012.4.03.0000 Desembargador Federal Nelson Bernardes.....	353
<i>BACENJUD. Penhora de ativos financeiros. Aplicação em CDB. Valor inferior a 40 salários mínimos. Impenhorabilidade.</i> AI 0015753-21.2013.4.03.0000 Desembargador Federal Márcio Moraes.....	377

Alegação de extemporaneidade do recurso. Direito à intimação pessoal. Procurador de autarquia.

AC 0023617-86.2013.4.9999

Desembargador Federal Newton De Lucca 381

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Recurso Especial em Apelação Criminal. Admissibilidade. Importação de cigarros sem observância das normas legais e administrativas pertinentes. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Entendimento do STJ no sentido da conduta configurar crime de contrabando.

REsp ACr 0016348-90.2008.4.03.6112

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 387

Competência da Justiça Estadual. Declinação. Falsa anotação na CTPS. Crime do artigo 297 do Código Penal.

RSE 0021955-14.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Nino Toldo 390

“Habeas Corpus”. Liberdade provisória. Requisitos subjetivos. Insuficiência. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Quebra de fiança.

HC 0032448-50.2013.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 394

DIREITO TRIBUTÁRIO

Imposto de renda pessoa jurídica. Contribuição social sobre o lucro. Lucros auferidos por empresas controladas situadas no exterior. Disponibilidade jurídica da renda.

AMS 0020710-84.2002.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior..... 401

IRRF. Tratado Internacional. Brasil-Espanha. Serviços prestados no exterior. Empresa estrangeira. Contratante brasileira. Remessa ao exterior. Legislação aplicável. Tributação exclusiva no país de destino.

Ag AMS 0001047-05.2005.4.03.6114

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 412

Participação nos lucros de empregador. Cumprimento das exigências da Lei nº 10.101/2000. Isenção de contribuições previdenciárias. Honorários de advogado. Redução. Fundamento da equidade.

ApelReex 0019088-62.2005.4.03.6100

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 422

<i>Imposto de renda incidente sobre valores recebidos em rescisão de contrato de trabalho. Legitimidade passiva “ad causam” da autoridade impetrada.</i>	
Ag AMS 0023100-12.2011.4.03.6100	
Desembargadora Federal Alda Basto.....	428

SENTENÇAS

<i>Embargos à Execução Fiscal. Alegação de prescrição e irregularidades nos autos de infração que lançaram ISSQN.</i>	
0045867-65.2006.4.03.6182	
Juiz Federal Erik Frederico Gramstrup	437

<i>Ação Penal Pública Incondicionada. Crime de manipulação do mercado. Proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício.</i>	
0006193-78.2009.4.03.6181	
Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali	450

<i>Benefício de pensão por morte. Desaparecimento do marido. Morte presumida.</i>	
0007491-94.2013.4.03.6301	
Juíza Federal Monica Aparecida Bonavina	473

<i>Aposentadoria por idade. Averbação de tempo de trabalho rural. Segurada especial em regime de economia familiar.</i>	
0008200-87.2013.4.03.6315	
Juiz Federal Emerson José do Couto.....	480

<i>Ação Penal. Subtração de encomendas da EBCT. Simulação de uso de arma de fogo.</i>	
0015537-44.2013.4.03.6181	
Juíza Federal Adriana Delboni Taricco	486

<i>Ação Civil Pública. Invalidação da licença prévia concedida para a ampliação do Porto de São Sebastião. Suspensão do procedimento administrativo de licenciamento.</i>	
0000398-59.2014.4.03.6135	
Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento	494

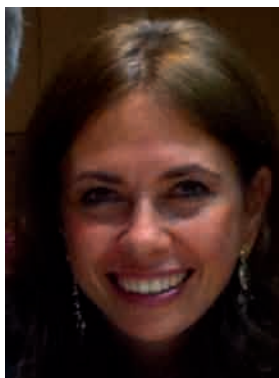
<i>Auxílio-acidente. Equiparação plena dos direitos aos trabalhadores domésticos. Emenda Constitucional nº 72/2013.</i>	
0016764-63.2014.4.03.6301	
Juiz Federal Rogério Volpatti Polezze.....	506

SÚMULAS	513



Artigos Doutrinários

A nova responsabilidade das empresas perante a Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”): inovações e considerações



Karen Louise Jeanette Kahn

Procuradora da República. Membro do Ministério Público Federal desde 1998. Formada em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Justiça Criminal pela State University of New York.

RESUMO: O presente artigo traz a lume os principais aspectos sobre a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas que praticarem atos ilícitos contra a Administração Pública, por intermédio de seus representantes legais ou dirigentes, chamando à reflexão os avanços e perspectivas para a completa integração e eficácia da Lei Federal nº 12.486/2013.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil e administrativa das empresas. *Compliance*. Acordo de leniência.

ABSTRACT: This article brings to light the main aspects about the civil and administrative responsibility of the companies, which commit unlawful acts against the Public Administration through their legal representatives or controllers, bringing to reflection the improvements and perspectives for the entire integration and efficacy of the Federal Law nº 12.846/2013.

KEYWORDS: Civil and administrative responsibility of the companies. Compliance. Leniency agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Alguns fatores que motivaram a edição da lei. 3. O Brasil e os compromissos internacionais de combate à corrupção. 4. Principais alterações trazidas pela nova lei. 5. Formas de responsabilização das pessoas jurídicas. 6. A responsabilidade dos administradores das pessoas jurídicas autoras dos ilícitos definidos pela lei. 7. Responsabilização das empresas anteriormente à edição da lei. 8. Penalidades aplicáveis às pessoas jurídicas. 9. As empresas estrangeiras também foram contempladas pela nova lei. 10. A natureza jurídica das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas autoras de ilícitos contra a Administração Pública. 11. A reparação de danos pelas pessoas jurídicas condenadas pelos ilícitos definidos na lei. 12. A desconsideração da personalidade jurídica. 13. O *compliance* como controle preventivo das infrações contra a Administração Pública. 14. O acordo de leniência e a colaboração das empresas envolvidas nos ilícitos contra a Administração Pública. 15. O acordo de leniência

no âmbito das licitações públicas. 16. A necessidade da participação do Ministério Público na celebração e acompanhamento dos acordos de leniência. 17. A importância da célere regulamentação da nova lei. 18. Conclusão.

1. Introdução.

A edição da Lei nº 12.846/2013, a chamada “Lei Anticorrupção”, dentre outros aspectos positivos, trouxe à luz o reconhecimento, por parte do Estado brasileiro, da necessidade de um enfrentamento compartilhado da luta contra a corrupção, como um mal transnacional endêmico, que, há séculos, subverte os valores da ética social, empresarial e da moralidade pública, inclusive em nível internacional, contaminando a cultura e os hábitos de nossa sociedade, permeando seus diversos segmentos, além de sua estreita vinculação com outras formas de delinquência, em especial, o crime organizado e a lavagem de dinheiro.

2. Alguns fatores que motivaram a edição da lei.

Fomentaram essa iniciativa as crescentes manifestações e demandas populares, ao lado da forte cobrança de organismos internacionais, pela necessidade de adoção de medidas mais rigorosas, pelo legislador brasileiro, para coibir práticas que lesionam e oneram a Administração Pública.

A corrupção, em especial, segundo dados da FIESP, reduz a eficiência do gasto público e provoca o desestímulo ao investimento privado, impactando no nível do PIB *per capita*. Com efeito, os dados do Relatório de 2010 (“Corrupção: custos econômicos e propostas de combate”) revelam que os prejuízos econômicos e sociais gerados pela corrupção, no Brasil, já, naquela época, apresentavam um custo de 1,38% a 2,3% do PIB, o que, atualmente, corresponderia a cerca de 50,8 a 84,5 bilhões de reais. Dentre estes prejuízos, apontam-se os que afetam a competitividade das empresas, o potencial

de crescimento da economia e os índices de desenvolvimento humano, resultando num estado de decadência econômica, social e moral da sociedade brasileira.

3. O Brasil e os compromissos internacionais de combate à corrupção.

Em dezembro de 2013, a ONG Transparência Internacional, por meio do chamado CPI (Índice de Percepção da Corrupção), produziu relatório, segundo o qual o Brasil, desde 2013, vem ocupando a 72^oª posição no *ranking* mundial, em meio a 177 países analisados, num movimento decrescente em relação a 2010 (69^oª posição), marcando um *score* de 42 pontos. Referida pontuação, inobstante possa estar atrelada a um possível aumento das denúncias de fraude e corrupção no país nos últimos anos, de qualquer forma, está bem abaixo da média dos 50 pontos, a indicar a existência, no país, de graves problemas dessa ordem.

Tal classificação manteve o Brasil, ainda, atrás de diversos países das Américas, não obstante signatário de importantes Convenções Internacionais, em vigor, como a Convenção da OEA de 1996 (Convenção Interamericana contra a Corrupção), da OCDE de 1997 (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que trata do combate ao suborno de oficiais públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais) e da ONU de 2003 (Convenção de Mérida – que proíbe práticas de suborno envolvendo funcionários públicos estrangeiros e nacionais). Desde então, o país vinha mantendo, em prateleira, compromisso assumido internacionalmente, quanto à edição de legislação que penalizasse, inclusive, as empresas por crimes de corrupção transnacional.

A nova lei, entretanto, trouxe, para o ordenamento jurídico pátrio, instrumentos normativos importantes para auxiliar no combate preventivo e repressivo daqueles ilícitos, desta feita, alargando, efetivamente, o universo de sujeitos legais potencialmente ativos e passíveis de punição civil e administrativa.

Tal iniciativa já fora precedida por diversas legislações estrangeiras que punem as práticas de corrupção, como as da Alemanha (de 1998 e a adoção do programa de *whistle-blowers* ou “denunciante dentro da empresa”), França (2007), Itália (2012), EUA (1997, com o chamado FCPA – *Foreign Corruption Practices Act* – que reprime as práticas de corrupção, quando, também, perpetradas no exterior, envolvendo empresas americanas, seus cidadãos e residentes nos EUA) e Inglaterra (*Bribery Act*, de 2010, ainda mais severa, ao criminalizar, a ausência na adoção de medidas preventivas anticorruptivas pelas empresas). No cenário internacional, inclusive, há exemplos recentes de condenações de empresas multinacionais que infringiram tais legislações, e mesmo de empresas nacionais, que, atualmente, respondem por tais práticas, como por suborno internacional, perante a justiça norte-americana.

4. Principais alterações trazidas pela nova lei.

A chamada “Lei Anticorrupção”, muito embora padeça de algumas lacunas quanto a importantes aspectos ainda por regulamentar, adotou disciplina mais rigorosa em relação à prática de atos que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da Administração Pública e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, determinando a *responsabilização de pessoas jurídicas* (sociedades empresariais, simples, personificadas ou não, fundações, associações, nacionais ou estrangeiras, com sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de direito ou de fato), como autoras ou partícipes de tais infrações.

Para tanto, veicula instrumentos de reconhecida valia para o seu melhor e mais frontal enfrentamento, ao mesmo tempo, apontando para a insuficiência dos mecanismos legislativos já existentes em nosso ordenamento.

Trata-se de diploma legal pioneiro, no sentido de impor sanções pecuniárias e outras de cunho administrativo e civil, por meio de processo administrativo e/ou judicial, a empresas condenadas no âmbito das práticas contra a Administração Pública. Seu alcance, ademais, visa arrefecer, além da própria corrupção, práticas infracionais interligadas ou reflexas – a exemplo dos atos de improbidade administrativa, fraudes à licitação, formação de cartel, evasão de divisas e lavagem de dinheiro – os quais, no âmbito das infrações contra a Administração Pública, são frequentemente perpetrados em nome de pessoas jurídicas, muitas delas concebidas como entes de complexa composição societária, justamente para diluir responsabilidades e dissimular ilícitos de seus titulares.

5. Formas de responsabilização das pessoas jurídicas.

As pessoas jurídicas responderão, *objetivamente*, como autoras ou partícipes, por lesões à Administração Pública que malferirem seus bens, direitos e interesses, quer na órbita civil ou administrativa, e mesmo quando derivadas de infrações penais de seus dirigentes, prepostos e empregados, praticados em seu nome (como atos de corrupção e de fraudes à licitação), devendo ser civilmente responsáveis por estes, pelo financiamento de atos ilícitos definidos na lei, utilização de interposta pessoa para tais práticas ou ocultação de seus beneficiários.

Instituiu, assim, o legislador, novos meios para debelar condutas de empresas que se mostram arraigadas à prática inescrupulosa do “molhar as mãos” de agentes públicos, obtendo, em contrapartida concomitante ou futura, vantagens ilícitas nos atos negociais e contratos com a Administração Pública. Neste

sentido, buscou a Lei nº 12.468/2013, desta feita, parceria com tais agentes econômicos, como protagonistas, beneficiários diretos ou indiretos dessas práticas, à frente de quem as controla.

6. A responsabilidade dos administradores das pessoas jurídicas autoras dos ilícitos definidos pela lei.

De outra parte, a responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito privado não exclui a possibilidade de responsabilização pessoal, inclusive criminal, de seus dirigentes ou administradores, na medida de sua culpabilidade, ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, a exemplo do que já preconiza o artigo 43 do Código Civil com relação às pessoas jurídicas de direito público interno. Da mesma forma, eventual e anterior apuração da responsabilidade individual dos dirigentes ou prepostos da pessoa jurídica não impede seja esta acionada para os fins da Lei nº 12.846/2013.

7. Responsabilização das empresas anteriormente à edição da lei.

Até a sua edição, permitia-se, apenas, a punição pessoal do agente público flagrado, por conta da prática de atos de improbidade ou por delitos contra a Administração Pública, como a corrupção, peculato, concussão. A empresa eximia-se de qualquer responsabilidade, que acabava por ser transferida à pessoa física que praticou o delito, via de regra, ao seu empregado, ante a dificuldade de se provar que atuava seguindo ordens, ou, quando muito, ao seu administrador ou sócio-gerente, sendo sua demissão a medida mais profilática anunciada pela empresa para “minimizar o dano”, mas sem que isso, em verdade, alterasse o perfil antiético e ilegal de sua atuação empresarial. Em casos outros, pessoas jurídicas vinham sendo utilizadas como um anteparo jurídico para encobrir condutas pessoais de seus diri-

gentes, blindando-os de ações fiscalizatórias e persecutórias, em especial, por meio de estratégias e artifícios societários, que dificultavam a sua identificação e responsabilização individual.

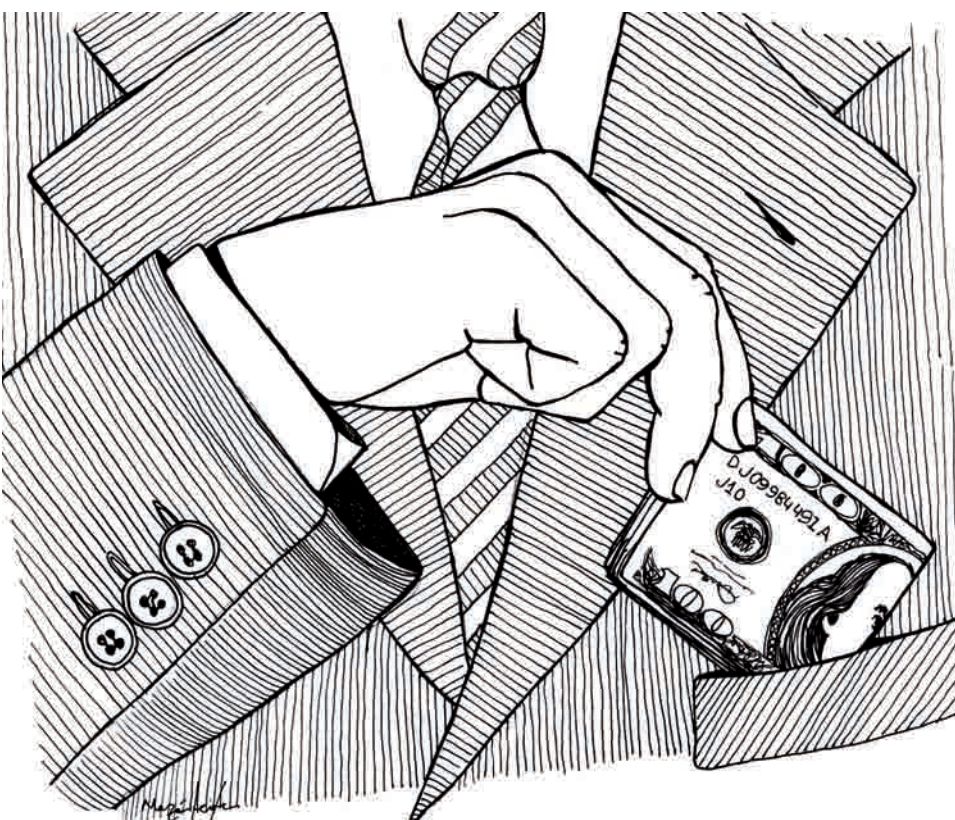
Por isso é que, atualmente, as empresas não mais poderão alegar o desconhecimento dos atos de seus prepostos, em ações envolvendo órgãos estatais, e terão que responder, objetivamente, por tê-las acobertado, inclusive por não terem evitado o pagamento da propina ou suborno a um dado agente público, eventualmente constatado. E é por esta razão, também, que a responsabilização prevista para as pessoas jurídicas – e que inclui as empresas coligadas, controladas e consorciadas no âmbito da nova lei – independe de alterações contratuais ou societárias de qualquer espécie que lhe sobrevenham, evitando que tais expedientes confundam ou tangenciem as autoridades públicas encarregadas da investigação, diluindo ou desviando a sua condição de agente primeiro na prática do ato ilícito.

8. Penalidades aplicáveis às pessoas jurídicas.

Atualmente, a pessoa jurídica que ilegalmente transacione com agentes do Poder Público passa a ser alvo de processo administrativo e judicial, que abrange, dentre as sanções possíveis: *o pagamento de multa (até 20% do faturamento anual bruto, ou de até 60 milhões de reais), proibição de receber incentivos, empréstimos ou financiamentos do Poder Público, suspensão ou interdição parcial de suas atividades ou mesmo sua dissolução, além da proibição de participar em licitação e de contratar com a Administração Pública*, esta última, também já cominada pela Lei nº 8.666/1993. Tais penalidades são fixadas sem prejuízo da obrigação de reparação total do dano causado ao erário público, esta igualmente já prevista na Lei de Licitações, como condição para a reabilitação da empresa, visando novas contratações com o Poder Público.

9. As empresas estrangeiras também foram contempladas pela nova lei.

Evidencia-se, no âmbito deste novo diploma, a preocupação do legislador em estender a eficácia de seus comandos às empresas estrangeiras, suas filiais, e com representação ou sede no território brasileiro, as quais, com alguma frequência, invocavam normas internacionais não aplicáveis no Brasil, logrando desvencilhar-se da responsabilidade por seus atos ilícitos aqui praticados.



A praxe revela, ainda, que algumas delas, sem grande comprometimento com as regras que regem as relações econômicas com a Administração Pública brasileira, encontram, em especial, no âmbito das contratações públicas – e ao lado de outras empresas nacionais – um ambiente propício para a formação de cartéis, de fraudes à licitação, de ações de corrupção e lavagem de dinheiro, devendo ora responder, ao lado dos agentes públicos

eventualmente envolvidos, pelos atos ilícitos em que incorrerem, nos termos ora definidos pela nova lei.

Por fim, a importância da nova disciplina trazida pela lei, particularmente no tocante ao seu propósito de instituir um controle preventivo de ilícitos praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública, ganha especial relevo com relação às empresas multinacionais sediadas no país ou suas filiais. Tais empresas possuem um importante papel, como agentes de integração econômica e social, geradoras de empregos e empreende-

doras de condutas, cujos valores tendem a se irradiar no meio empresarial e social (inclusive em nível transnacional), criando padrões de comportamento e de cultura empresariais, e podendo afetar, direta ou indiretamente, importantes segmentos da economia nacional. Assim sendo, eventual atuação que não esteja pautada na devida lisura no exercício de suas atividades interfere, sensivelmente, na construção e no exercício da ética empresarial, bem assim na responsabilidade social das empresas de uma forma geral, razão pela qual a presente lei tem o condão, também, de incentivar suas boas práticas, monitorando os seus procedimentos de prevenção de ilícitos cíveis e criminais no âmbito da corrupção nacional e internacional.

10. A natureza jurídica das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas autoras de ilícitos contra a Administração Pública.

De outro lado, a previsão de severas sanções, inclusive pecuniárias, perdimento de bens e outras que poderão afetar diretamente o próprio funcionamento da empresa, gera a

ideia de uma lei com perfil de responsabilização penal, mas sob o fundamento de simples responsabilidade objetiva, por meio da qual, para fins de eventual condenação, se dispensa a comprovação da culpa do agente, no caso, da pessoa jurídica.

Porém, a sistematização de suas regras indica que o legislador cuidou de compartilhar as diversas formas de responsabilização, justamente atentando para a essência e natureza dos ilícitos possíveis de serem praticados por pessoas jurídicas, não obstante o rigor empregado, buscando um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater, eficazmente, tais infrações, em particular, dentro do formato recomendado pela própria Convenção de Mérida.

Em primeiro, é a própria lei civil que dá sustentação às sanções previstas na lei nova, na medida em que conferiu ao legislador a possibilidade de penalizar a pessoa jurídica que empreender atos ilícitos de natureza civil e administrativa contra o patrimônio ou quaisquer interesses da Administração Pública, ainda que praticados por comando de seus administradores. É, na prática, a tradução do disposto no artigo 47 do Código Civil, segundo o qual “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”. Desta forma, as empresas que incorrerem nas infrações abarcadas pela Lei nº 12.864/2013 respondem objetivamente, a despeito e independentemente da culpa individual de seus dirigentes, a ser apurada em procedimento ou ação diversa.

Trouxe, ainda, o legislador, para o bojo do referido diploma legal, a regra civil preconizada para as pessoas jurídicas de direito público interno segundo a qual, a teor do artigo 43 do Código Civil, “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus agentes, que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”, estendendo-a, igualmente, às sociedades privadas.

Neste caso, e nesta fase primeira de detecção de ilícitos contra a Administração Pública, e desde que se estabeleça o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso à Administração Pública, inviável se revela qualquer discussão envolvendo eventual culpa da empresa, justamente pelo fato de que o conceito de culpabilidade (a englobar a noção de culpa *stricto sensu* e dolo) pressupõe ação ou omissão humana, inadequados à natureza da pessoa jurídica, como ser abstrato que é, muito embora sujeito legalmente apto a praticar atos jurídicos, incorrendo em ações e infrações.

Em segundo, e acentuando-se o caráter civil e administrativo do mesmo diploma legal, o legislador previu o dever de a empresa publicar, em meios de comunicação de ampla circulação, decisão de sua condenação, que também deve ser inscrita no chamado CEIS – Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas – como forma de acautelar e alertar os consumidores, além da própria Administração Pública, na aquisição de seus produtos e serviços.

A tais penalidades administrativas, somam-se, ainda, as previstas no artigo 6º da lei (multa de 1% a 20% e publicação extraordinária da decisão condenatória), para serem aplicadas autonomamente, ou em caso de não ter sido adotada medida de caráter investigativo por parte da autoridade pública administrativa competente.

Sanções como perdimento de bens, direitos e valores que sejam produtos do ilícito praticado pela empresa, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, sua dissolução e/ou vedação de receber recursos públicos, aplicáveis judicialmente à pessoa jurídica, após ajuizamento de ação pelo Ministério Público ou Advocacia Pública competente, por si só não as autodefine como sendo de cunho penal, a demandar a comprovação de culpa da pessoa jurídica ou de seus dirigentes, sendo algumas delas também previstas na Lei de Improbidade e na legislação que rege

o Sistema Financeiro Nacional, no âmbito administrativo-financeiro.

Daí porque de formatação adequada o modelo de responsabilidade objetiva empregado na lei, que visa atender, com maior celeridade, à necessidade da constatação primeira do ato e do resultado ilícito com responsabilização do agente econômico, ligado, direta ou indiretamente à sua prática.

11. A reparação de danos pelas pessoas jurídicas condenadas pelos ilícitos definidos na lei.

Partindo de tais premissas, a Lei nº 12.846/2013 cuidou, justamente, de delimitar “territorialmente” o âmbito da responsabilização civil e administrativa de tais agentes. Desta forma, prevê, em caso de condenação administrativa ou judicial, o dever de a empresa promover a reparação integral do dano causado (anteriormente apenas afeta à pessoa física e agente público). Observa-se que, inobstante haja processo administrativo concluído em seu desfavor – o que já autoriza, desde logo, a aplicação das sanções prescritas –, a reparação do dano demanda a necessidade do ajuizamento de outro processo administrativo pelo Poder Público.

Já no caso de ajuizamento ação judicial pelo Ministério Público ou Advocacia Pública competente, para a responsabilização da empresa que tiver sido autora de condutas tipificadas pelo artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, a obrigação de reparar o dano decorre diretamente da sentença condenatória ou de procedimento de liquidação que lhe sobrevenha.

12. A desconsideração da personalidade jurídica.

Em contraponto à adoção da regra da responsabilidade objetiva, consignou o legislador a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica da empresa envolvida, com a extensão de sua eventual responsabilidade

pelos atos ilícitos aos seus prepostos ou dirigentes com poderes de administração. Quanto a esse tópico, reproduziu, também, regra do Direito Privado (art. 50 do CC), autorizando tal medida, se comprovado restar, durante o processo administrativo, que a utilização da pessoa jurídica se deu com abuso da personalidade jurídica (utilização da empresa como fachada), para o encobrimento de prática das infrações previstas na lei (desvio de finalidade) ou para provocar confusão patrimonial. Neste caso, tais circunstâncias demandam, extensivamente, a comprovação da conduta intencional por parte de seus administradores e sócios com poderes de direção quanto a tais propósitos, a ser apurada com as garantias da ampla defesa e do contraditório.

13. O *compliance* como controle preventivo das infrações contra a Administração Pública.

A Lei nº 12.486/2013 instituiu o chamado *compliance*, a ser adotado pelas pessoas jurídicas em suas relações negociais com o Poder Público, já utilizado por muitas empresas privadas e, de regra, pelas instituições financeiras.

Trata-se de importante ferramenta que vem ao encontro de uma forte demanda social e de órgãos internacionais para que o Brasil desenvolvesse mecanismos de ordem preventiva contra a corrupção e delitos que lesem a Administração e o patrimônio públicos. O objetivo é buscar que as empresas criem, em seu âmbito, formas de controle interno, de segurança e auditoria, com uma disciplina contábil mais rigorosa, tudo consubstanciado em normas, regulamentos, padrões, políticas de ética empresarial e de lisura nas relações jurídicas, inclusive contratuais, com o poder público, capazes de levar, em tempo, à detecção e à repressão de tais práticas. Esse tipo de regramento interno – e que demanda *uma ação mais transparente por parte das empresas que se relacionam com a Administração Pública*, a exemplo da transparência legalmente

exigida e regulamentada para suas próprias ações (LC 131/2009 e Decreto 7.185/2010) – deve abranger, em tese, desde a verificação da integridade na atuação da própria empresa, confiabilidade de seus negócios, regras de visitação pelos agentes públicos e os relacionamentos e comunicações com estes travados pela empresa, pagamentos sem causa, até a realização de atos negociais e procedimentos de contratação com o Poder Público, por meio de seus servidores ou entes que o representam.

Tal previsão, além de imprimir um conceito muito mais abrangente ao combate convencional à corrupção e demais infrações que afetam os valores, bens e interesses da Administração Pública, traz, como pedra de toque, a necessidade de um controle social, por meio dos agentes econômicos envolvidos em tais ações, devendo estimular, inclusive, a participação de funcionários da própria empresa, auxiliando-os, tecnicamente, e dentro de sua rotina de trabalho, na identificação e denúncia de atos suspeitos, desvios ou atos que indiquem supostas irregularidades nas relações da companhia com o Poder Público.

Ademais, a comprovação, pela empresa investigada, da existência ou aprimoramento deste tipo de controle interno e de procedimentos que foquem numa política e numa prática de ética e integridade neste campo, é fundamental e deve ser considerada pela autoridade pública na aplicação de sanções administrativas e judiciais, nos termos da referida lei.

14. O acordo de leniência e a colaboração das empresas envolvidas nos ilícitos contra a Administração Pública.

Como forma de contrabalançar o considerável rigor da nova lei, foram previstos benefícios às empresas que, muito embora envolvidas em infrações dessa ordem, também cooperem com as investigações.

Assim, passa a ser autorizado o cha-

mado acordo de leniência, já anteriormente desenhado pela Lei nº 12.529/2011, e cuja aplicação vem alcançando significativos resultados, de ordem administrativa e penal, inclusive em nível internacional, na obtenção de provas para a comprovação de ilícitos no âmbito das infrações anticoncorrenciais, como os cartéis.

No caso da nova lei, desde que a pessoa jurídica, de forma inédita – e antes de qualquer outra – reporte, à autoridade pública competente, os fatos infracionais de que teve conhecimento, confesse e cesse com a prática ou envolvimento na infração, identifique as demais empresas eventualmente participantes e coadjuvantes no(s) ato(s) ilícitos praticados contra a Administração Pública, procedendo à entrega, à mesma autoridade, de informações e documentação suficiente para comprovar a sua prática e autoria, poderá ser beneficiada com a redução da pena de multa em até dois terços ou com a isenção da aplicação de determinadas sanções, como a proibição à pessoa jurídica de receber recursos do Poder Público ou entidades que o representem, no período de um a cinco anos.

Tal isenção, porém, é parcial, na medida em que a lei enumera os benefícios com os quais a empresa pode ser contemplada, não a isentando, ao que tudo indica, de responder ao processo administrativo ou judicial, nem das demais sanções daí decorrentes, se condenatórias as respectivas decisões, a despeito do cumprimento do próprio acordo, inclusive, remanescendo a responsabilidade da empresa leniente pela reparação integral do dano causado.

Este modelo de leniência exprime parâmetros mais severos, diferenciando-se, de certa forma, do alcance da Lei nº 12.529/2011, que estabelece a possibilidade da extinção da punibilidade administrativa e mesmo penal processual de forma integral, a depender da extensão da colaboração da empresa na apuração das práticas em que se confessou envolvida, incluindo seus dirigentes.

De toda a forma, para a obtenção dos



benefícios oriundos do acordo de leniência, indispensável se faz o cumprimento de suas condições, e será avaliada segundo o grau de eficácia e extensão da colaboração da empresa leniente junto às autoridades investigadoras.

15. O acordo de leniência no âmbito das licitações públicas.

Destaca-se a previsão acerca da possibilidade de a própria Administração Pública celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos *no âmbito das licitações públicas*, para fins de isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, dentre as quais: multas, pelo atraso injustificado, inexecução total ou parcial do cumprimento dos contratos, penas de advertência, suspensão temporária, impedimento de contratar com a Administração Pública e até declaração de sua inidoneidade para com ela licitar.

Inclusive, eventual descumprimento do acordo de leniência por parte da empresa gera, por lei, o impedimento de esta celebrar um novo, no prazo de três anos, a partir do conhecimento pela Administração Pública

proponente. Neste caso, ou em sendo rejeitada a proposta de acordo, a empresa ficará sujeita às mesmas sanções previstas anteriormente à sua celebração, não valendo, porém, como meio de prova, o reconhecimento de seu ato ilícito, caso o acordo venha a ser rejeitado.

Trata-se, em verdade, de um passo à frente nos métodos investigativos, para facilitar a identificação das fraudes praticadas no âmbito das licitações e de seus envolvidos, de apuração alongada e de prazos prescritivos reduzidos.

Depreende-se, portanto, que a instituição, pela Lei nº 12.846/2013, do acordo de leniência, no âmbito da apuração das infrações por pessoas jurídicas contra a Administração Pública, veio fortalecer e contribuir para a instrução dos procedimentos administrativos e judiciais instaurados a partir de sua vigência, estimulando, de um lado, a maior cooperação de empresas envolvidas em tais práticas e, de outro, auxiliando as autoridades públicas na obtenção mais célere de provas e na identificação de outros eventuais coparticipantes dos ilícitos.

16. A necessidade da participação do Ministério Público na celebração e acompanhamento dos acordos de leniência.

Neste passo, indispensável ressaltar – e seria de rigor futura regulamentação consignar – a necessidade da participação do Ministério Público, da esfera civil e criminal, estadual e/ou federal, e da Advocacia Pública competente, na celebração do acordo, ao lado da Controladoria Geral da União (Órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo e de atos lesivos contra a Administração Pública estrangeira), ou mesmo junto aos representantes do Poder Legislativo ou Judiciário – em cuja esfera o

ilícito decorrente da Lei nº 12.846/2013 tiver sido praticado – como forma de dar ao Ministério Público Federal ou Estadual conhecimento dos atos infracionais praticados sob sua esfera e de compatibilizá-los com futuros ajuizamentos de ações de improbidade administrativa, de reparação de danos ou de ações penais atreladas ao mesmo fato.

Ocorre que, com base na legitimidade conferida pela nova lei ao Ministério Público e à Advocacia Pública, podem ambos ajuizar ação civil contra a pessoa física infratora, bem assim requerer a aplicação de sanções (como a da proibição temporária de obter recursos do Poder Público ou de suas entidades), objeto de possível isenção no acordo de leniência. Assim sendo, emana como conclusão lógica a imprescindibilidade da participação de ambos os órgãos na sua celebração, pelo seu patente interesse jurídico, inclusive para o próprio acompanhamento de seu cumprimento por parte da empresa leniente.

Do contrário, são grandes os riscos de decisões e postulações contraditórias: na esfera administrativa, de um lado, com a eventual propositura do acordo de leniência por representante do Poder Público e proposta de isenção de penas; de outro, na esfera judicial, quando, por desconhecer a leniência proposta, ajuíza o Ministério Público pleito com pedido de condenação para os mesmos fatos e ilícitos nela tratados.

Inclusive, a própria Lei nº 12.846/2013 declara que a responsabilidade da pessoa jurídica reconhecida em âmbito administrativo não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, a não ser que, conjuntamente com as demais autoridades, o Ministério Público fosse, igualmente, signatário do referido acordo de leniência, caso em que deve ou não acordar acerca da isenção ou atenuação de penalidades. Ademais, não seria vinculativo o referido acordo, sem a participação de tais órgãos, sob pena de se promover o engessamento de suas ações e prerrogativas, na defesa judicial de bens, direitos e interes-

ses, tanto protegidos pela Lei de Improbidade, quanto pela Lei Penal.

A previsão de participação do Ministério Público na celebração dos acordos de leniência pode resultar na otimização e concentração na coleta de provas, com o seu possível compartilhamento, dentro do universo de apuração das responsabilidades administrativa, civil e criminal, atendendo ao princípio da economia processual e impedindo que avancem, a passos largos, os prazos prescritivos.

17. A importância da célere regulamentação da nova lei.

É de suma importância que sobrevenha, em prazo abreviado, legislação complementar que regule, além do próprio instituto do *compliance* e seus parâmetros de avaliação, a identificação e formas de responsabilização civil, administrativa e penal das autoridades públicas que tenham deixado de adotar, de forma culposa ou dolosa, as providências necessárias à apuração dos fatos tratados pela Lei nº 12.846/2013.

Ocorre que, não sendo instaurados processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas nos casos legais – e em desconhecendo o Ministério Público tais circunstâncias –, aumenta o risco concreto da prescrição das infrações cometidas, inclusive com relação a outros delitos possivelmente correlatos, de persecução devida pelo Ministério Público, o que resultará em impunidade da pessoa jurídica envolvida.

Desta forma, disposição normativa complementar deve regulamentar eventual omissão (culposa ou dolosa), por parte da autoridade pública competente, para deflagrar tais processos, assim impedindo que o esforço da lei no seu propósito de coibir tais práticas reste inócuo ou arrefecido.

Observa-se, ainda, que eventual sanção imposta à pessoa jurídica judicialmente condenada em âmbito estadual, federal ou

municipal, referente à proibição temporária de receber incentivos, subvenções, doações de órgãos públicos ou instituições financeiras públicas, deve surtir efeitos em todas e quaisquer outras esferas de poder, no âmbito da Administração Pública. A intenção do legislador, neste caso, é visivelmente voltada a prestigiar valores como a ética e a integridade empresariais e a moralidade no trato da coisa pública, em todos os níveis, não cabendo, neste caso, fazer-se distinção não prevista na lei.

18. Conclusão.

É certo que o combate a crimes contra a Administração Pública e à corrupção, em particular, demanda, invariavelmente, a conjugação de esforços dos diversos segmentos da sociedade (no setor privado e público), baseado na criação e fortalecimento dos métodos e práticas de prevenção e repressão a tais delitos, monitoramento e controle das ações e gastos do Poder Público, regulamentação do financiamento das campanhas eleitorais, bem assim na atuação e reestruturação de uma justiça mais

rápida e eficaz, de modo a impedir que suas deficiências se traduzam, ao final dos processos judiciais (civis e penais), em estímulo a novas práticas nesta órbita de ilícitos.

Até aqui, porém, e cumprindo o Estado brasileiro com mais um dos importantes compromissos internacionais assumidos, dentro do âmbito da cooperação transnacional, no que tange ao combate à corrupção, e, sobretudo, no campo da prevenção das infrações contra a Administração Pública, tem-se a Lei nº 12.846/2013 e seu novo arcabouço legal – ao lado de importantes diplomas legais, como o de acesso à informação pública, da transparência da gestão fiscal, do crime organizado e da lavagem de dinheiro – como um avanço significativo, frente a outras legislações estrangeiras de reconhecido rigor nesse aspecto, estabelecendo vetores importantes para propiciar à sociedade brasileira e, especialmente, ao segmento empresarial que interage com o Poder Público, uma mudança cultural e de condutas, quiçá eficaz na redução da larga impunidade no âmbito de tais infrações.

Bibliografia.

BARBOZA, Márcia Noll. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. Disponível em: <http://5ccr.pgr.mpf.mp.br/publicacoes/eventos/docs-mono-grafias/monografia_3_lugar.pdf>.

BATISTA, Antenor. *Corrupção – 5º Poder: repensando a ética*. 13. ed. São Paulo: Edipro, 2012, 288 p.

FIESP – Relatório Decomtec – Área de Competitividade, Equipe Técnica. *Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corruptao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>.

INTERNATIONAL TRANSPARENCY. The global coalition against corruption. *The 2013 corruption perceptions index measures the perceived levels of public sector corruption in 177 countries and territories*. Disponível em: <<http://cpi.transparency.org/cpi2013>>.

LAUFER, Daniel. *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do Direito*. Curitiba: Juruá, 2013, 202 p.

LIGUORI, Carla. *As multinacionais de capital privado – e o combate à corrupção internacional*. Curitiba: Juruá, 2011, 228 p.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. *Corrupção, dinheiro público e sigilo bancário*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, 215 p.

MARTINS, José Renato. *Crimes contra a Administração Pública e a repercussão da sentença penal condenatória na esfera administrativa*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneras.com.br.lex/doutrinas/arquivos/270807.pdf>>.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: parte geral*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. I, 392 p.

PILAGALLO, Oscar. *Corrupção – entrave ao desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2013, 130 p.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOKUM, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 380 p.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2009, 160 p.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Economia política da corrupção no Brasil*. São Paulo: Senac SP, 2002, v. 1, 138 p.

Aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006 às “mulas” do tráfico internacional de drogas: novo enfoque à luz da Lei de Organizações Criminosas



Tiago Bologna Dias

Juiz Federal. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Advogado da Petrobras Distribuidora S/A. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Graduado pela Universidade de São Paulo – USP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. “Integrar organização criminosa” conforme a Lei nº 12.850/2013. 3. Dedicção a atividades criminosas – requisito autônomo que não se altera. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução.

Com a reforma do regime legal de combate às drogas promovida em 2006, a Lei nº 11.343/2006 revogou a antiga Lei nº 6.368/1976, promovendo diversas alterações relevantes, dentre as quais a relativa ao limite mínimo da pena privativa de liberdade para o delito de tráfico, passando de três para cinco anos de reclusão, revelando, *prima facie*, maior rigor por parte do legislador.

Não obstante, tendo por premissa que tal reprimenda mínima é demasiado elevada em face daqueles que praticam o delito com menor culpabilidade, introduziu uma nova causa de diminuição, o parágrafo 4º do artigo 33 da citada lei:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)

§ 4º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se

dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

O dispositivo traz quatro requisitos subjetivos cumulativos, todos relativos à culpabilidade, quais sejam, *ser primário, com bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa*.

Ocorre que o conceito de *integrar organização criminosa* era, até o advento da nova Lei nº 12.850/2013, extremamente aberto no direito positivo nacional, possibilitando diversas interpretações razoáveis e, assim, levando a uma celeuma jurídica insuperável, notadamente quanto às chamadas “mulas” eventuais do tráfico internacional de drogas pela via aeroportuária.

São assim denominados os transportadores de drogas de um país a outro, como passageiros em voos de carreira, que as levam consigo de diversas formas para sua ocultação, como dentro do próprio organismo, em cápsulas ou “camisinhas”; junto ao corpo, sob as vestes; em bagagem de mão ou despachada, normalmente em fundos falsos. Aqueles que assim atuam, sem que haja indício concreto de condutas anteriores em favor do narcotráfico, são considerados *eventuais*, ou também “mulas de primeira viagem”, em contraposição às “mulas profissionais”, aquelas que atuam reiteradamente nesta atividade ilícita.

A questão, que ainda paira sem solução, a despeito do tempo de vigência da lei, é se tais “mulas”, mesmo sendo eventuais, integram ou não organização criminosa.

A seriedade da divergência pode ser apurada no exame da jurisprudência da 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, composta pelas Turmas com competência criminal, com acórdãos ora em um, ora em outro sentido, em reiterados julgamentos de Embargos Infringentes.

Cito aqui dois acórdãos recentes da mes-

ma Seção em sentidos opostos, a evidenciar que a questão está longe de se pacificar:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DO-SIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNÇÃO PREPONDERANTE NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO CRIME DE TRÁFICO. ART. 42, DA LEI 11.343/06. COCAÍNA: DROGA ALTAMENTE MALÉFICA. PENA-BASE ELEVADA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06; INAPLICABILIDADE AOS “MULAS” DO TRÁFICO QUE TRANSPORTAM GRANDE QUANTIDADE DE EMTORPECENTES (*sic*), AINDA QUE DE FORMA EVENTUAL: PROVAS DE INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Embargos infringentes com pretensão ao acolhimento do voto vencido que manteve a pena-base no mínimo legal nos termos da sentença e aplicou a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixando as penas em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, bem como fixou o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

(...)

6. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Como a lei utilizou a conjunção “nem”, deduz-se que há diferença substancial entre “se dedicar a atividades criminosas” e “integrar uma organização criminosa”. Integrar não exige habitualidade e permanência, a reiteração de condutas cri-

minosas ou o ânimo de reiterá-las, que está presente em outro requisito, que é o não se dedicar a atividades criminosas. 7. Ainda que o embargante seja primário, de bons antecedentes e que não existam provas de que se dedique a atividades criminosas, se figurou, ainda que de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa a ela prestando serviços e colaborando para a distribuição mundial de entorpecentes ao exercer a função de “mula” de grande quantidade de drogas para o exterior mediante remuneração, integrou a organização criminosa, não preenchendo, pois, de forma cumulativa os requisitos exigidos para a aplicação desse benefício.

(...)

(TRF 3ª REGIÃO, EIfNu 0007292-41.2010.4.03.6119/SP, Primeira Seção, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 19/09/2013, e-DJF3 27/09/2013)

DIREITO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, C.C. ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. “MULA” DO TRÁFICO. APLICABILIDADE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NECESSÁRIA ANÁLISE CASO A CASO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO A *PRIORI*. EMBARGOS PROVIDOS.

I) A figura apelidada de “mula”, como é o caso do réu, embora seja essencial ao êxito da traficância transnacional, não pode ser aprioristicamente considerada como integrante de organização criminosa. Tal enquadramento somente é possível mediante a apresentação de provas do envolvimento estável e permanente do acusado com o grupo narcotraficante com o qual colaborou.

II) Não se afigura lícita a presunção em seu desfavor, o que avilta inclusive a verificação empírica dos casos semelhantes, nos quais predomina a cooptação eventual de pessoas das camadas sociais mais pobres e menos instruídas, tentadas a aplacar suas premências financeiras com a incursão na crimina-

lidade pontual.

(...)

(TRF 3ª REGIÃO, EIfNu 0005025-96.2010.4.03.6119/SP, Primeira Seção, Relator Desembargador Federal Contrim Guimarães, j. 15/08/2013, e-DJF3 23/08/2013)

A divergência foi examinada de forma ampla na edição nº 118 desta Revista,¹ em comentários a acórdão que bem enfocaram as diversas correntes sobre o tema e não pretendo aqui rediscutir os mesmos aspectos.

Ocorre que a nova lei de organizações criminosas, Lei nº 12.850/2013, passa a melhor delimitar no direito positivo o conceito de “integrar organização criminosa”, adotado pelo referido parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, de forma que a celeuma merece reexame à luz do novo diploma legal.

É o que proponho a seguir, sem pretensão de esgotar este enfoque, senão de trazê-lo para exame e discussão, até porque a lei em tela é muito recente, carente de estudo e aplicação.

2. “Integrar organização criminosa” conforme a Lei nº 12.850/2013.

No âmbito da celeuma posta, a mim parecia que *as chamadas “mulas” do tráfico internacional aeroportuário integrariam organização criminosa, o que não exigiria habitualidade nem maiores comprovações acerca da quantidade de membros e da estrutura em que inseridas.*

Sustentava o posicionamento com base nos irretocáveis argumentos do Eminentíssimo Juiz Federal Alessandro Diaferia, trazidos em

¹ Jurisprudência em Destaque. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ano XXIV, n. 118, jul./set. 2013, p. 99-148. Acórdão da ACr 0005627-53.2011.4.03.6119, de Relatoria do Desembargador Federal Antonio Cedenho, comentado pelos Juízes Federais Cristiane Farias Rodrigues dos Santos, Leonardo Safi de Melo e Roberto da Silva Oliveira.

diversos acórdãos por Sua Exa. relatados na condição de Juiz Convocado à 1ª Seção, dos quais cito a título de exemplo:

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. EXASPERAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. “MULA”. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE.

(...)

VI - Mesmo em se tratando de acusado primário, portador de bons antecedentes e ausentes provas nos autos de que se dedique a atividades criminosas, a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não tem aplicação no caso concreto.

VII - A pessoa que transporta entorpecente em grande quantidade para o exterior efetivamente integra, ainda que de modo eventual, a organização criminosa, atuando mediante remuneração, com despesas totalmente pagas e custeadas previamente.

VIII - Há diferença evidente entre os verbos associar-se e integrar, eis que no primeiro exige-se *affectio*, permanência, atribuição de função, identidade de propósitos, etc.; para o segundo, nada disso é exigível, basta a mera presença de um indivíduo num local com uma função, para que ele esteja integrado ao contexto. Também não se confunde com integrar o significado do verbo pertencer. Pertencer indica relação de propriedade, de vinculação perene ou prolongada. O conceito de integrar não exige tais condições.

IX - No caso das mulas, é evidente que elas integram a organização criminosa na medida em que o seu “trabalho” é uma condição *sine qua non* para a narcotraficância internacional; as mulas têm justamente a função de transportar o entorpecente para o exterior e sabem

dessa circunstância, aceitando tal serviço por razões de diversas ordens, sendo a primeira delas a financeira.

X - Em casos como o presente, a pessoa é contratada para levar grande quantidade de entorpecente para de um país para o outro, “mercadoria” que possui elevadíssimo valor de mercado, o que inclusive é uma das razões para os constantes relatos de ameaças e para o receio em praticar a delação premiada.

XI - Mesmo não existindo uma “tabela oficial” de preços de entorpecente, o julgador não pode desconsiderar a realidade do mundo em que vive, principalmente à vista do resultado de diversas investigações da Polícia Federal que informam, oficiosamente, que um quilograma de cocaína no continente europeu possui o “valor” de cerca de 35.000 Euros, ao passo que o ecstasy, por sua vez, é “comercializado no varejo” ao preço de 35 a 50 reais cada comprimido; por isso, não há como negar que se trata de grande quantidade de dinheiro envolvida em toda a operação criminosa do tráfico, ainda que a quantidades aparentemente reduzidas.

XII - A causa de diminuição em tela não está voltada àquele que pratica o tráfico com uma autêntica estrutura logística voltada à remessa de grandes quantidades de droga para o exterior a partir do Brasil, estrutura essa que começa por recrutar pessoas economicamente desfavorecidas no exterior muitas vezes longínquo (Ásia, Tailândia, Turquia, Leste Europeu, países africanos, todos em condições econômicas sabidamente difíceis e até deploráveis), para vir ao Brasil, aqui permanecer hospedados em hotéis, recebendo grandes quantias em dinheiro (para o padrão do *homo medius* brasileiro), telefones celulares locais e internacionais, roupas, passaportes (por vezes falsos), às vezes até acompanhantes (talvez “olheiros”), unicamente para transportar o entorpecente conforme previamente contratado.

XIII - A sistemática do tráfico transnacional é uma constante, independen-



temente da procedência ou do destino, eis que sempre se constata a extraterritorialidade da conduta, atuando como elo de ligação a pessoa que se dispõe a viajar transportando grande quantidade de entorpecente em prol de uma organização criminosa, proprietária da droga e detentora da logística de seu deslocamento.

XIV - A aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, está voltada ao narco-tráfico de menor expressão, que não possui tamanha estrutura e poderio econômico, nem envolve quantidades tão expressivas de entorpecente, aos “microempresários” do tráfico, que definitivamente não são os que atuam no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, nem tampouco os que a essa prática aderem.

XV - A pessoa que aceita esse tipo de “trabalho”, a par de demonstrar ter perdido a sua inocência ou ingenuidade e, assim, optado pelo crime, está plenamente ciente do que faz, afirmação que é reforçada pelos constantes relatos de ameaça e pela raridade de delações; ela sabe que está lidando com pessoas inescrupulosas, que vivem do crime e são capazes de cometer atos terríveis para atingir seus objetivos; ela sabe que jamais viria ao Brasil em condições normais e muito menos viajaria para o

exterior para passar um período sem qualquer outra justificativa plausível. Sua única justificativa para a viagem é transportar a droga e, ao final, receber quantia bastante elevada de dinheiro, que certamente levaria muito tempo para amealhar em condições lícitas de trabalho, pois é certo que o caminho estreito é sempre o mais difícil.

XVI - Com efeito, para “integrar a organização criminosa” não é necessária vinculação perene ou prolongada, muito menos saber quem são os donos do entorpecente; os produtores e fabricantes; os pilotos que trouxeram de avião; os gerentes; os preparadores e artesãos que confeccionam os artefatos de dissimulação; basta ter contato com o “aliciador” e o eventual “olheiro”; essa é a forma como ocorre esse tipo de contratação, com a evidente e imprescindível compartimentação de informações, visando justamente a preservar primeiramente a segurança da organização; não saber quem é quem numa organização criminosa é uma medida de segurança para a organização e para o indivíduo que a integra, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada “queima de arquivo”.

XVII - Precedentes do E. STF (HC nº 106.762, rel. Min. Carmen Lúcia, 1ª Turma), do E. STJ (STJ. HC 189979 - SP, 6ª Turma, J: 03/02/2011. Rel. Ministro Og Fernandes, HC 122800 - SP, 5ª Turma, J: 27/04/2009. Rel. Ministro Felix Fischer) e desta E. Corte (TRF3, ACR 32477, 200761190040277/SP, rel. Des. Vesna Kolmar, DJF3 17/11/08 e ACR 2006.61.19.006726-6 27355; Relator: Juiz Convocado Márcio Mesquita; 1ª Seção; D.J: 16/10/2008).

(...)

(TRF 3ª REGIÃO, ACr 0010804-66.2009.4.03.6119/SP, Segunda Turma, Relator para o Acórdão Juiz Federal Convocado Alessandro Diaferia, j. 19/07/2011, e-DJF3 10/08/2011)

Adotando inteiramente a argumentação supra, tomava o *conceito de organização*

criminosa como conceito jurídico-penal relativamente aberto, como de associação narcotraficante com divisão de tarefas, cuja existência em casos tais *se inferia das circunstâncias em que inserido réu*, bem como o de *integrar* como o de mera atuação em favor desta associação, ainda que eventualmente.

Todavia, a questão merece novo enfoque com advento da Lei nº 12.850/2013, pois seu artigo 1º, parágrafo 1º, passa a *definir com precisão o conceito penal de organização criminosa*, “considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”, bem como estabelece novo tipo penal em seu artigo 2º, passando a definir como *delito autônomo* “promover, constituir, financiar ou *integrar*, pessoalmente ou por interposta pessoa, *organização criminosa*” com pena de 3 a 8 anos.

Como se nota, todas as circunstâncias da excludente da causa de diminuição do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, “integrar organização criminosa”, são hoje elementos de tipo penal próprio, o que, a meu sentir, traz diversas consequências novas no exame da minorante em tela.

Inicialmente, entendo que não há como se interpretar a mesma expressão legal, *integrar organização criminosa*, de formas diversas para uma e outra lei, sendo as duas leis penais, componentes, assim, de um mesmo microssistema jurídico, ou seja, *o conceito jurídico-penal de integrar organização criminosa deve ser um só*, sob pena de incongruência e desproporcionalidade.

E quem ditará o sentido, o conteúdo e o alcance deste conceito *é a lei nova*, pois *especial* no trato do tema, além de trazê-lo como tipo penal próprio, não como mera circunstância.

Sendo tipo penal próprio, *seus elementos devem ser bem determinados e sempre provados*, pois, a rigor, a mim me parece que agora não há como escapar da conclusão de que dizer que a “mula” do tráfico de drogas integra organização criminosa não somente afasta a causa de diminuição do delito do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, *mas também imputa um outro delito*.

Nessa esteira, há de se ter em conta que o conceito de organização criminosa *não pode mais ser tomado de forma aberta e inferida*, mas como “associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”, isto é, tendo por *elementos essenciais e dependentes de prova*: a presença de *4 ou mais pessoas associadas*, ou seja, em vínculo estável e permanente; de forma *estruturalmente ordenada* e com divisão de tarefas.

Dessa forma, passa-se a não mais poder presumir a existência de organização criminosa se este conceito é legal e caracteriza elemento de tipo, *cabendo à acusação a prova* de que há uma *estrutura ordenada com divisão de tarefas* e que dela participam *quatro ou mais pessoas vinculadas de forma estável e permanente*, para a prática de um número indeterminado de crimes.

Esta prova da existência da associação é de extrema complexidade até mesmo quando os supostos associados são os réus, sendo ainda mais difícil quando são terceiros, caso das “mulas” que se tem como “de primeira viagem” ou eventuais.

Não discordo, a princípio, do raciocínio de que, havendo indícios de sua existência, é ônus da defesa a prova da ausência de organização criminosa para aplicação da minorante, como *circunstância modificativa* da preten-

são punitiva que é, pelo que a acusação não precisaria ser tão rigorosa na demonstração de seus elementos indicativos, desde que esta fosse deduzida das circunstâncias do caso.

Todavia, esta construção só seria válida *se com isso não se imputasse outro crime* àquele que se alega ser seu integrante, como era o caso até o advento da nova lei, quando a corrente por mim até então observada sustentava que a “mula” poderia integrar a organização criminosa, mesmo eventualmente, sem com isso cometer crime de associação para o tráfico, o que se extraía das circunstâncias gerais do caso, sem perquirir acerca do número de agentes, do grau de organização ou da estabilidade do grupo criminoso (vêm ao Brasil com despesas pagas por grupo narcotraficante, previamente ajustadas para retirar a droga com outro agente indicado pelo aliciador, num local planejado, escondê-la de forma predeterminada e entregá-la a outrem no país de destino, conforme o acordado, para obter o pagamento prometido).

Assim, lidava-se meramente com uma circunstância com influência na pena, não com um delito em si.

Mas não é mais esse o caso, pois *integrar* tal forma de associação *passa agora a ser núcleo de tipo*.

E tipo com *pena mínima grave, igual à do crime de associação para o tráfico* que, ao menos à luz da jurisprudência e da doutrina predominantes, *exige estabilidade e permanência*, não bastando a mera eventualidade, além de ter por núcleos outros *promover, constituir e financiar, sob a mesma pena, sem distinção entre membros efetivos e eventuais*.

A exigência de estabilidade e permanência para o crime de associação, que aqui adoto como premissa, para emprestá-la ao delito de organização criminosa, não é pacífica, por isso merece alguma atenção.

De uma análise *prima facie* e literal do tipo penal do artigo 35 da Lei de Drogas,

seria possível concluir da expressão “reiteradamente ou não” que o delito em tela consumir-se-ia com a mera associação eventual de dois ou mais agentes, dispensando estabilidade e permanência.

Contudo, tal interpretação, além de desproporcional, levando a uma pena mínima de oito anos para qualquer delito de tráfico de drogas em concurso de pessoas, acarretaria uma contradição no próprio tipo, resolvida contra o réu, pois a palavra *associar*, núcleo do tipo, pressupõe mais que mera unidade de desígnios, mas um vínculo estável e permanente.

Dessa forma, a interpretação mais razoável e sistemática é a que equipara o tipo em tela a um *quadrilha ou bando*, artigo 288 do Código Penal, com fim específico e menor número de agentes.

Assim, para a associação não basta o mero *concurso de dois ou mais agentes* para sua configuração, sendo necessário também que haja um *liame associativo de caráter estável e permanente com o fim de praticar um número indeterminado de crimes de tráfico de drogas*.

São três, portanto, os elementos essenciais do crime de associação, como ocorre com o delito geral do Código Penal. Como se nota, ainda que haja planejamento, não há crime de quadrilha ou bando sem o especial fim de praticar diversos crimes, o que também deve ser considerado para a associação para o tráfico de drogas.

Nesse sentido é a doutrina de José Paulo Baltazar Júnior:²

Tenho que a supressão da causa de aumento e mesmo a expressa menção à finalidade de prática reiterada ou não do delito não afastam a exigência do ânimo de estabilidade para o reconhecimento do delito do art. 35 da Lei nº 11.343/06, o que decorre da utilização, no tipo, do

2 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 626.

verbo associar-se, que traduz justamente a ideia de formar associação ou sociedade, e, em consequência, o fim de praticar uma séria indeterminada de crimes, de forma permanente, como se dá com o crime de bando ou quadrilha do art. 288 do CP, do qual o delito de associação para o tráfico constitui forma especial. Tal interpretação evita o apenamento excessivo que decorreria do reconhecimento do concurso material entre os delitos do art. 33 e do art. 35 para todo e qualquer caso de concurso de agentes com fins de tráfico de drogas, caso em que a pena mínima seria de 8 anos de reclusão e 1200 dias-multa, superando, por exemplo, a pena mínima prevista para o homicídio simples, que é de 6 anos de reclusão. Destaco que nem mesmo a possibilidade – nem sempre presente – de aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 afastaria o exagero do apenamento na hipótese, uma vez que tal causa de diminuição não é aplicável ao delito de associação.

Também assim é a lição de Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra Oliveira:³

A lei revogada previa uma causa de aumento quando a associação fosse eventual (sem estabilidade), é dizer, mero concurso de agentes. A atual aboliu essa majorante, mudança que deve retroagir em benefício do agente, alcançando fatos pretéritos, ainda que acobertados pelo manto da coisa julgada (art. 2º, parágrafo único, do CP). Nem se diga que, agora, a mera reunião ocasional de duas ou mais pessoas passou a subsumir-se ao tipo penal em estudo. A uma, porque a redação do crime autônomo de associação para o tráfico (artigo 14, agora 35) não mudou sua redação. A duas, porque a cláusula “reiteradamente ou não” significa somente que a reunião deve visar

a prática de crimes futuros (no espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade. A três, porque é do nosso sistema penal (sem exceções) punir o mero concurso de agentes como agravante, causa de aumento ou qualificadora de crime, jamais como tipo básico, um delito autônomo.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM DE QUE TERIA HAVIDO ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. ABSOLVIÇÃO QUANTO À ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Diante da expressão “reiteradamente ou não”, contida no *caput* do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.

2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

3. As instâncias de origem, tendo reconhecido que a reunião dos pacientes teria sido eventual, a admitiram como apta a configurar o delito de associação para o

3 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 210.

tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.

4. Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no aresto que a confirmou, de que a associação dos pacientes teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.

5. Ordem concedida apenas para absolver os pacientes do delito de associação para o tráfico, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença condenatória prolatada na origem.

(STJ, HC 2009.0101923-9/MS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 02/09/2010, DJe 08/11/2010)

O mesmo, *mutatis mutandis*, se pode dizer do delito de integrar organização criminosa.

Ademais, o mero concurso de agentes, quantos forem eles e ainda que de forma premeditada, não acarreta dano à paz pública a ponto de justificar um delito especial com pena mínima de três anos de reclusão, ressaltando-se que não legitima sequer a incidência do tipo do artigo 288 do Código Penal, cuja pena mínima é de apenas um ano.

Por fim, não é irrelevante a consideração do elemento próprio ao delito de organização criminosa, “estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas”, notadamente quando se fala dos grupos narcotraficantes africanos atuantes no Brasil por meio de “mulas”, os quais, conforme depreendo de casos concretos, não são efetivamente organizados e com bem delimitada divisão de tarefas, sendo mais precisamente um grupo de agentes autônomos, relacionados em redes de conhecidos, que se auxiliam e oferecem seus serviços ilícitos reciprocamente, conforme a disponibilidade e a demanda, assumindo cada um as mais variadas tarefas conforme a proposta ou a necessidade, um mesmo agente sendo ora financiador, ora aliciador,



ora “mula”, ou seja, ainda que se comprove estabilidade e permanência, *seria discutível a efetiva organização*.

Acerca da aplicação intertemporal deste entendimento, não ignoro que a incidência do novo tipo não pode retroagir em prejuízo do réu, mas a interpretação fechada de seus elementos, que advém da Lei nº 12.850/2013, é *favor rei*, devendo ser aplicada em todos os casos.

Portanto, se o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, ou seja, não atua de forma estável e permanente em favor de estrutura organizada composta por quatro ou mais pessoas, o benefício legal é aplicável.

3. Dedicção a atividades criminosas – requisito autônomo que não se altera.

De outro lado, embora sem tais requisitos não se possa falar em integrar organização criminosa, ainda se mantém cabível o entendimento de que a minorante não incide caso se infira que o réu *se dedica a atividades criminosas*, requisito independente, que se aplica aos casos de “mulas” habituais ou profissionais, a que basta demonstrar que o réu pratica delitos de forma reiterada, pouco importando se em concurso de agentes, com quantas outras pessoas ou o grau de organização.

Tal demonstração, ao contrário do que ocorre com a caracterização de integração em organização criminosa, por esta ser um crime em si, prescinde de prova plena, bastando relevantes indícios, tais como o registro de inúmeras viagens internacionais, em curtos intervalos de tempo, entre países rota de tráfico de drogas, incompatíveis com a condição econômica e profissional do réu e sem justificativa plausível, pois, como já dito, trata-se de causa modificativa da pretensão punitiva, cabendo, assim, o ônus de sua prova ao réu, conforme artigo 156 do Código de Processo Penal.

Dizer que o réu se dedica a atividades criminosas implica afirmar que praticou outros delitos, mas a circunstância é aberta, não especifica crimes, nem contém elementares de tipo penal, portanto, sua constatação por indícios não leva a qualquer outra consequência penal que não o afastamento da causa de diminuição.

A prova plena da existência de outro crime anterior pode levar também à conclusão de que o réu se dedica a atividades delitivas, mas é constatação que diz respeito com maior adequação a outras circunstâncias do mesmo preceito minorante, *primariedade e bons antecedentes*, estas sim caracterizadas por ausência de condenação anterior com trânsito em julgado.

Contudo, não se dedicar a atividades criminosas é circunstância autônoma, não cabendo interpretação que a esvazie, vale dizer, se há condenação anterior por outro delito, com trânsito em julgado, a pressupor sua prova plena, o benefício é inaplicável, mas por reincidência ou maus antecedentes, conforme o caso; se há indícios relevantes de outro delito anterior, sem sua prova plena, não se aplica a redução em razão da dedicação a atividades criminosas.

Tal interpretação é condizente com os fins da causa de diminuição, pois leva à aplicação de pena significativamente menor apenas caso não haja dúvida acerca da menor culpabilidade do agente.

Assim, os requisitos de não integrar organização criminosa, primariedade, bons antecedentes e não se dedicar ao crime são distintos e independentes, de forma que, embora a nova lei promova severas alterações na interpretação e aplicação do primeiro, em nada altera o último.

4. Conclusão.

Na linha de todo o exposto, conclui-se que:

- a interpretação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas ignorando a Lei nº 12.850/2013 é incabível, sob pena de incongruência no sistema jurídico-penal, pelo que a nova lei impõe uma reanálise da minorante discutida;
- o conceito até então aberto de “integrar organização criminosa” passa agora a ter contornos precisos, além de configurar tipo penal próprio, o que é expresso nos artigos 1º, parágrafo 1º, e 2º, da nova lei;
- tais contornos devem ser considerados no exame da causa de diminuição para o tráfico de drogas, de forma que esta só se afasta em razão de integrar o réu organização criminosa se este se vincular de forma *estável e permanente* em favor de estrutura *organizada* composta por *quatro ou mais pessoas*;
- além disso, sendo esta circunstância agora um crime autônomo, sua caracterização depende de *prova plena*, pois não se está mais no âmbito de circunstância modificativa da pretensão punitiva, mas de elementares de tipo penal, ressaltando-se a incoerência de se dizer que um mesmo fato caracteriza “integrar

organização criminosa” para os fins da Lei de Drogas mas não para os da Lei de Organização Criminosa, que compõem o mesmo sistema jurídico-penal;

- não obstante, ainda se mantém válida a interpretação segundo a qual a causa de diminuição não se aplica em caso de dedicação a atividades criminosas, o que pode ser provado de forma indiciária, bastando a caracterização de que o réu atua de forma criminosa habitualmente, sem outros requisitos, prescindindo também de prova plena, com condenações anteriores com trânsito em julgado, o que diz respeito mais precisamente à primariedade e aos antecedentes.

A rigor, o que se tem é que o sistema penal não comporta mais o afastamento da causa de diminuição discutida em face das “mulas” eventuais ou “de primeira viagem”, sem qualquer indício de reiteração delitiva, mas esta continua inaplicável para aqueles em face de quem parem robustos indícios de habitualidade delitiva, ainda que não em concurso de pessoas, prescindindo da prova plena da prática de outros crimes.

Este é o resultado a que cheguei a partir desta primeira análise sistemática das Leis n.ºs 11.343/2006 e 12.850/2013, não respondendo, mas colocando a questão, para apreciação dos leitores e ulteriores discussões e aprofundamentos.

Referências.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JURISPRUDÊNCIA em Destaque. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ano XXIV, n. 118, p. 99-148, jul./set. 2013.

A prejudicialidade da ação declaratória de produtividade e suas implicações nos processos de desapropriação para fins de reforma agrária



Madja de Sousa Moura Florencio

Juíza Federal Substituta da 4ª Vara Federal de Recife/PE.
Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Fundamentação. 3. Estudo de caso. 4. Conclusão. Referências.

1. Considerações iniciais.

Ação de desapropriação para fins de reforma agrária tem fundamento nos artigos 184 a 186 da Constituição Federal de 1988:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º. O decreto que declarar o imóvel

como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º. Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu

proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Os dispositivos referentes à reforma agrária foram regulados, no âmbito infralegal, pela Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro 1993, a qual trata dos aspectos materiais, e pela Lei Complementar nº 76, de 06 de julho de 1996, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. São também aplicáveis, subsidiariamente, as disposições do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Com o intuito de dar celeridade ao trâmite processual, o artigo 18 da Lei Complementar nº 76/1993 estabelece o caráter preferencial e prejudicial das ações de desapropriação em relação a outras ações referentes ao imóvel expropriado:

Art. 18. As ações concernentes à desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, têm caráter preferencial e prejudicial em relação a outras ações referentes ao imóvel expropriando, e independem do pagamento de preparo ou de emolumentos.

§ 1º. Qualquer ação que tenha por objeto o bem expropriando será distribuída,

por dependência, à Vara Federal onde tiver curso a ação de desapropriação, determinando-se a pronta intervenção da União.

§ 2º. O Ministério Público Federal intervirá, obrigatoriamente, após a manifestação das partes, antes de cada decisão manifestada no processo, em qualquer instância.

Pela leitura do dispositivo acima transcrito, é possível concluir que as ações que tenham por objeto o imóvel expropriado serão paralisadas e remetidas ao juízo competente para julgar a desapropriação. Entretanto, algumas questões vêm sendo aventadas na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de se paralisar a desapropriação quando se discute a própria declaração de improdutividade do imóvel, já que esta é uma das condições da ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

É sobre estes pontos que se debruça este artigo, que busca apresentar o atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

2. Fundamentação.

O Poder Público pode propor a ação de desapropriação para fins de reforma agrária quando comprovada a improdutividade do imóvel, o que acarreta o descumprimento de sua função social.

Discorrendo acerca da função social da propriedade rural, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal nos trazem interessantes questões para reflexão:

A propriedade rural que se centra na terra como bem de produção, deve desempenhar função social com maior rigor que outros bens. O principal dispositivo sobre a matéria é o art. 186, que, praticamente repetindo o texto do art. 2º, § 1º, do Estatuto da Terra, disciplina as condições concomitantes para

o cumprimento da função social rural. Três são os elementos cuja observância identifica o adimplemento da finalidade agrária: econômico, social e ecológico. Enquanto o imóvel urbano destina-se naturalmente à moradia, como bem de consumo, o imóvel rural revela uma destinação centrada na produção de riquezas e criação de empregos, como bem de produção em que sobreleva o ônus social do proprietário. A distinção entre bens de consumo e de produção não está localizada na natureza dos bens, mas em sua destinação econômica. Segundo a noção corrente, bens de produção seriam aqueles idôneos à produção de outros bens; já os bens de consumo seriam aqueles destruídos no momento da satisfação da necessidade. (...)

A racionalidade e a adequação da exploração do imóvel rural orientam-se por dois fatores: a) exploração de no mínimo 80% da área explorável do imóvel (art. 6º, da Lei nº 8.629/93); b) observância de índices de produtividade para a microrregião em que se situa o imóvel. Certamente, ressalvam-se os casos de força maior (v.g. intempéries climáticas e pragas).

Porém, a leitura do art. 186 da Constituição Federal revela que não é suficiente a exploração racional do solo pelo proprietário rural. Há muito abdicamos da concepção da função agrária como mera função econômica, pois o próprio Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) já se mostrava avançado para a época e sintonizado com o que hoje se preconiza na legislação. A exigência de produtividade é apenas o primeiro indício de função social.

(...)

Portanto, incumbe ao proprietário, igualmente, cumprir as obrigações trabalhistas (interesses coletivos) e preservar a esfera ambiental (interesses difusos) ecologicamente equilibrada. Todos esses interesses não proprietários devem ser simultaneamente satisfeitos, e a sua infração poderá embasar uma forma especial de desapropriação por

interesse social, para fins de reforma agrária (art. 184 da CF). Em resumo, a função social da propriedade rural demanda requisitos de eficiência, utilização adequada de recursos ambientais e de utilidade comum, favorecendo o bem-estar dos trabalhadores.¹

Ora, não se pode olvidar que a função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo, entre os quais se inclui o direito à propriedade. A função social implica que o ordenamento somente balizará o exercício de um interesse individual se este for compatível com os interesses do corpo social no qual se insere. O nosso sistema jurídico-político não permite a satisfação de um direito em sacrifício do interesse coletivo, já que todo o poder concedido aos indivíduos na ordem privada deve ser balizado pelos deveres para com o grupo.

Os deveres do proprietário rural foram bem definidos pela nossa Constituição, que disponibilizou também os instrumentos necessários a sancionar o seu descumprimento, os quais culminam, com a desapropriação, a forma mais drástica de intervenção estatal na propriedade privada.

Como forma de sancionar o descumprimento da função social, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária apresenta gravames em relação às demais modalidades de desapropriação, especialmente na sua forma de indenização, que é efetuada por meio de Títulos da Dívida Agrária – TDA's, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

Assim, temos que o descumprimento da função social da propriedade é condição da ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Por óbvio, um imóvel que cumpre sua função social poderá ser desapropriado, mas por utilidade ou

1 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed., 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 220.

necessidade pública, desde que cumpridos os requisitos legais, mas nunca por interesse social para fins de reforma agrária.

Por esta razão, mostra-se imprescindível a apuração da produtividade do imóvel rural, que, nos casos de desapropriação social para fins de reforma agrária, apresenta-se como verdadeira condição da ação, já que representa um dos fatores exigidos pelo texto constitucional para a averiguação do cumprimento da função social do imóvel rural.

A dúvida é se, em face das disposições do artigo 18 da Lei Complementar nº 76/1993, o particular poderá alegar a produtividade do imóvel expropriando em ação própria e se esta ação terá ou não caráter prejudicial em relação à desapropriação.

Em uma primeira leitura, a resposta se apresenta negativa, em face do caráter preferencial e prejudicial da desapropriação em face das outras ações relacionadas ao imóvel. Entretanto, caso o imóvel venha a ser considerado produtivo, a ação de desapropriação perderá sua razão de existir, uma vez que o descumprimento da função social do imóvel rural é a situação fático-jurídica constitutiva do poder expropriatório do Estado nesta modalidade de desapropriação.

Ante a declaração de produtividade do imóvel, deixará de existir a causa de pedir em que se funda a ação, o que levará à improcedência do pedido de desapropriação. Além disso, corre-se o risco de causar sérios prejuízos ao expropriado caso seja julgada a desapropriação e, posteriormente, venha a ser reconhecida a produtividade do imóvel e o consequente cumprimento de sua função social.

Assim, o *periculum in mora* revela-se pela possibilidade de desapropriação de imóvel produtivo, bem como pela impossibilidade de o expropriado discutir a questão nos próprios autos da ação de desapropriação, que tem procedimento contraditório especial, o que justifica a relativização do preceito ins-

culpido na norma do artigo 18, § 1º, da Lei Complementar nº 76/1993.

Este é o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

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 judicante.
 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, Recurso Especial nº 725477/MG, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 21/06/ 2007, DJe 11/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. SUSPENSÃO DE DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE, EM DECORRÊNCIA



DO DEFERIMENTO DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. POSSIBILIDADE. AFERIÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DO PEDIDO LIMINAR. ANÁLISE DE MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. “É possível o manejo de ação cautelar com o fito de paralisar temporariamente processo administrativo de desapropriação, permitindo-se a demonstração, em ação específica, da produtividade do imóvel em litígio” (REsp 589.688/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 25.10.2004).

2. A ação cautelar inominada, preparatória de ação declaratória de produtividade do imóvel expropriando, pode ser ajuizada mesmo quando já estiver em curso a correspondente ação expropriatória.

3. Verificar a presença ou não dos requisitos necessários à concessão da liminar, com a conseqüente reversão do entendimento exposto pelo Tribunal de origem, exige, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório, atividade cognitiva vedada nesta instância especial, diante do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 949781/GO, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 04/03/2008, DJe 31/03/2008)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. PROPOSITURA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE. ACÓRDÃO QUE EXTINGUIU O PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM FACE DE NÃO CUMPRIMENTO DO PRECEITO CONSTITUCIONAL INSERTO NO ARTIGO 185 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO-IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO.

1. Em exame recurso especial interposto pelo INCRA com base na alínea “a” do permissivo constitucional contra acórdãos assim ementados:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. IMÓVEL CONSIDERADO PRODUTIVO. ART. 185 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Com o reconhecimento judicial da produtividade de imóvel rural, correta a extinção do processo, sem julgamento do mérito, pois a própria Constituição proíbe a desapropriação para fins de reforma agrária de imóveis com essa característica.

2. Apelo e remessa improvidos” (fl. 455) “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO. REJULGAMENTO DA CAUSA. EFEITO INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES NÃO TRATADAS NA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. 1. O art. 535 prevê a oposição de embargos de declaração nas hipóteses de omissão, obscuridade e contradição. Tais vícios inócorrem no acórdão embargado. 2. No que se refere ao prequestionamento, não pratica omissão

o acórdão que deixa de manifestar-se sobre matéria não versada no recurso ou para tentar forçar o reexame e questões já examinadas. 3. Os presentes embargos visam o rejugamento da causa. 4. Embargos rejeitados.” (fl. 476)

Na petição recursal sustenta-se infração aos artigos 535, 265, IV, “a” e 267, VI, do Código de Processo Civil e 6º e 9º da Lei 8629/93 pelos seguintes fundamentos: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional em face de o acórdão não ter-se manifestado acerca dos equívocos do laudo pericial apontados na apelação; b) nulidade do decisório impugnado já que havia sido determinado pelo juízo recorrido a suspensão da ação expropriatória até o julgamento da ação declaratória; contudo, posteriormente, extinguiu-se a ação de desapropriação antes do trânsito em julgado daquela; c) o laudo pericial da ação declaratória não conseguiu demonstrar a produtividade do imóvel uma vez que não seguiu os critérios determinados na Lei 8.629/93. 2. Não se conhece de recurso especial nos casos em que, havendo o acórdão impugnado se lastreado em fundamentos infraconstitucionais e constitucionais, o recorrente não interpõe recurso extraordinário. No presente caso, o recorrente não se restringiu a suscitar a preliminar de nulidade processual relativa à extinção da ação de desapropriação antes do trânsito em julgado da ação declaratória, mas adentrou, também, no mérito da própria ação de desapropriação, qual seja, a sua procedência em face da improdutividade do imóvel expropriado. Ora, ocorre que, no mérito, o acórdão ao desprover o apelo do INCRA fê-lo, também, com respaldo no artigo 185 da Constituição Federal, confirmando, *in totum*, o julgado que deu pela procedência da ação declaratória de produtividade, conforme se vê de sua ementa supratranscrita. Incidência do verbete da súmula nº 126 desta Corte de justiça.

3. Recurso especial não-conhecido. (STJ, Recurso Especial nº 838007/GO,

Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, j. 13/02/2007, DJe 02/04/2007)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REFORMA AGRÁRIA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DE SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO.

1. Alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea “a” do permissivo constitucional, a teor da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. Não se conhece do recurso especial se os dispositivos de lei que o recorrente aponta como malferidos não foram examinados, nem sequer implicitamente, pelo aresto recorrido. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. Ainda que superados tais óbices de conhecimento, a questão dos autos já foi analisada no REsp 789.062/MG, deste Relator, em que ficou consignado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRELIMINAR AFASTADA. REFORMA AGRÁRIA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. AÇÃO CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA CUMULADA COM PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. (...)”

3. Os arts. 1º, § 1º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97 vedam a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias que objetivem a impugnação de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. 4. Esses regramentos não se aplicam se não se postulou o desfazimento ou a declaração de nulidade do decreto presidencial que qualifica de interesse social para fins de reforma agrária o imóvel expropriado, mas, exclusivamente, a suspensão do procedimento administrativo prévio à desapropriação, enquanto não julgada a ação principal, na qual a pretensão está alicerçada em prova pericial que

concluía ser produtivo o imóvel. 5. A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária assenta-se em decreto presidencial que, como todo ato administrativo, goza de presunção de legitimidade e executoriedade. Assim, não é dado ao réu contrapor-se à força executiva do decreto e ao 'interesse social' nele declarado nos autos da própria ação, até porque o processo se desenvolve sob o rito especial sumário, nos termos da LC 76/93. (...) 8. Em razão do princípio da inafastabilidade do controle dos atos jurídicos pelo Judiciário, pode o expropriado discutir a improdutividade do imóvel, fundamento que embasa o decreto presidencial, em ação própria, declaratória ou desconstitutiva. 9. Nada impede que essa ação seja precedida de medida cautelar para suspender o processo administrativo prévio à desapropriação, desde que preenchidos seus pressupostos específicos e efetivamente demonstrada a plausibilidade do direito e a urgência do provimento. 10. Se a prova da produtividade do imóvel ficasse restrita à fase judicial da desapropriação, estaria o réu irremediavelmente lesado, já que a conclusão da perícia se daria somente após a imissão provisória do expropriante na posse, suportando o expropriado todos os prejuízos decorrentes da perda antecipada da propriedade”.

4. Recurso especial não conhecido. (STJ, Recurso Especial nº 1006285/MT, Primeira Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 06/11/2008, DJe 02/12/2008)

Outro não é o posicionamento dos Tribunais Regionais Federais:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTELIGÊNCIA E APLICABILIDADE DO ART. 526, DO CPC – DESCUMPRIMENTO PELO AGRAVANTE, ARGÜIDO PELO AGRAVADO, MAS NÃO COMPROVADO – DESCONSIDERAÇÃO DA ALEGAÇÃO.

- A teor do *caput* do 526 do CPC, compete ao agravante providenciar, no prazo de 3 (três) dias, a juntada, aos autos do processo principal, de cópia da petição do agravo de instrumento, do respectivo comprovante de interposição, assim como da relação dos documentos que instruíram o recurso.

- Com a edição da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, acrescentou-se parágrafo único ao referido artigo qualificando dita providência não mais como uma mera faculdade atribuída ao agravante, mas, sim, a partir da vigência do referido diploma, como um dever imposto ao recorrente, dever o qual, uma vez descumprido, implica a inadmissibilidade do agravo interposto, desde que argüida e provada pela parte agravada dita circunstância.

- No caso, uma vez não comprovada, de modo idôneo, pelo INCRA, na qualidade de agravada, o descumprimento, pelo agravante, do dever preceituado no art. 526, do CPC, não há como, pois, acolher sua argüição de inadmissibilidade do recurso interposto.

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA – DISCUSSÃO ACERCA DA PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL RURAL DESAPROPRIANDO EM CONEXAÇÃO DE CONHECIMENTO, PREVIAMENTE AJUIZADA PELO PROPRIETÁRIO – PRETENSÃO DECLARATÓRIA DA PRODUTIVIDADE REGULAR E ADEQUADA DO IMÓVEL RURAL E, ASSIM, DE SUA INSUSCETIBILIDADE DE DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA – EXCEPCIONAL IMPERTINÊNCIA DE EFETIVA E CONCRETA IMISSÃO DO INCRA NA POSSE DO IMÓVEL DESAPROPRIANDO – PRIMADO DO DIREITO DE ACESSO À JURISDIÇÃO, TEMPESTIVAMENTE EXERCITADO – RESGUARDO DA ESFERA JURÍDICA DO PROPRIETÁRIO ENQUANTO NÃO PROFERIDA SENTENÇA NA AÇÃO DE

CONHECIMENTO AJUIZADA PREVIAMENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PELO INCRA.

- A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária somente se legitima (a) se suscetível de desapropriação o imóvel rural – o que se extrai, a *contrario sensu*, das hipóteses de insuscetibilidade de desapropriação descritas no art. 185, da Constituição Federal –, e (b) se descumprida a função social da respectiva propriedade – aferida pelo não atendimento de um ou mais dos requisitos estatuídos no art. 186, da Constituição Federal.

- O caráter preferencial e prejudicial da ação de desapropriação em relação a outras ações referentes ao imóvel expropriando, conforme preconizado no art. 18, da Lei Complementar nº 76, de 06.07.1993, não pode ser indistintamente considerado como absoluto, podendo e devendo dito caráter, isso sim, ter seu alcance fundamentadamente relativizado nos casos concretos, isso de modo que de sua indiscriminada observância não resulte açodada, indevida e ilegal violação ao direito-garantia fundamental do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição – e, eventualmente, ao direito-garantia da duração razoável do processo –, configurável, *verbi gratia*, na hipótese em que ainda pendente de resolução demanda, antecedentemente aforada pelo proprietário, que tenha potencial razoável de implicar a subtração de qualquer dos requisitos legitimadores da expropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

- Apesar da reiteradamente sustentada cognoscibilidade plena da ação de desapropriação – que não parece tão evidente, desimpedida e peremptória ante a previsão legal de imediata e liminar imissão do INCRA na posse do imóvel desapropriando (a teor do art. 6º da LC nº 76/1993, alterado pela LC nº 88/1996), bem assim ante a exigüidade das matérias de possível questionamento em seu bojo (a teor do art. 9º, da

LC nº 76/1993, e de sua interpretação jurisprudencial), dado o rito sumário especial previsto para o correspondente processo judicial –, a efetivação prática e imediata da imissão do INCRA na posse do imóvel rural desapropriando, na ação de desapropriação, e o ulterior e eventual reconhecimento, na ação previamente aforada pelo proprietário, da efetiva produtividade daquele imóvel rural atestariam, a um só e mesmo tempo, a vulneração tanto do direito de propriedade (Constituição Federal, art. 5º, XXII e LIV) quanto do direito de acesso à jurisdição tempestiva e efetiva (Constituição Federal, art. 5º, XXXV e LXXVIII), todos constitucionalmente assegurados. - É de se repugnar, de modo veemente, que a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária – “enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade” (CELSO DE MELLO – ADI MC nº 2.213-DF, DJU de 23.04.2004) – se converta de modo incontido e peremptório numa “desapropriação indireta”, que, no caso, inegavelmente adviria (a) da efetiva, concreta e imediata imissão do INCRA na posse do imóvel desapropriando, e, posteriormente, (b) da (intempestiva) prolação de sentença, na ação de reconhecimento previamente ajuizada pelos proprietários, concluindo que o imóvel rural é produtivo e não improdutivo.

- A jurisprudência vem admitindo, de modo absolutamente excepcional, a figura da “desapropriação indireta” apenas se e quando a situação de fato advinda da concreta afetação pública do imóvel se revele pragmaticamente irreversível, sendo, nessa medida, impossível ou excessivamente dificultosa ou traumática a outorga de tutela específica em favor do proprietário do imóvel indevidamente expropriado – seja por interesse social (inclusive para fins de reforma agrária), seja por necessidade ou utilidade pública. No caso sob exame, não é esse o quadro excepcional o apresentado concretamente.

- Em resguardo da esfera jurídica dos proprietários do imóvel rural desapropriando, impõe-se, no caso, o provimento integral do agravo de instrumento para o fim de determinar a suspensão da ordem de efetiva, concreta e imediata do INCRA na posse do imóvel rural desapropriando ao menos até a prolação de sentença nos autos da conexa ação (declaratória) muito antecedentemente aforada pelos proprietários e ainda pendente de resolução.

(TRF 2ª Região, Agravo de Instrumento nº 0007339-37.2008.4.02.0000/RJ, Sétima Turma, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, j. 17/09/2008, DJU 14/11/2008, p. 192)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUSPENSÃO DA AÇÃO DESAPROPRIATÓRIA. COMPROVAÇÃO DA PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL EXPROPRIANDO. NECESSIDADE DE PERÍCIA. SOBRESTAMENTO MANTIDO.

1. Embora a Lei Complementar nº 76/93 estabeleça o caráter preferencial e prejudicial da desapropriação para fim de reforma agrária e haja prevalência do interesse público em casos tais, existente controvérsia acerca da produtividade do imóvel objeto de desapropriação, deve-se aguardar a conclusão da perícia para o esclarecimento de eventuais dúvidas.

2. A manutenção do expropriante, ora agravante, na posse do imóvel expropriando pode causar dano de difícil reparação ao expropriado, caso haja alteração na estrutura da propriedade e, ao final, seja reconhecida a efetiva produtividade do bem.

3. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento. Agravo regimental prejudicado.

(TRF 3ª Região, Primeira Turma, Agravo de Instrumento nº 0023481-21.2010.4.03.0000/MS, Relatora Desembargadora Federal Vesna Kolmar, j. 31/01/2012, e-DJF3 08/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. LAUDO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA. INADMISSIBILIDADE.

1. É possível, ao proprietário, propor ação para declaração de produtividade, pois esta é juridicamente qualificada e torna existente ou não o direito de a Autarquia expropriar o bem para Reforma Agrária. Em demandas dessa natureza, a prova pericial é usualmente conveniente, como é escusado registrar.

2. A ação declaratória ocasiona a suspensão do processo de desapropriação intentado pelo INCRA, pelo prazo máximo de um ano (CPC, art. 265, IV, a, § 5º), justamente para que aquele não seja privado de sua propriedade sem discutir, no Poder Judiciário, a qualificação de seu imóvel como produtivo ou improdutivo. Nesse interregno, o proprietário poderá fazer a prova de suas alegações, suspendendo-se o curso da desapropriação. Ao voltarem as demandas a ter curso regular, cabe ao juiz resolver a respeito das questões pendentes com o seu elevado critério e independência.

3. No caso vertente, porém, foi pedida antecipação de tutela para suspender a eficácia do laudo administrativo. Provimento jurisdicional nesse sentido fulmina o próprio andamento do processo administrativo e impede, em última análise, a edição do decreto presidencial, obliterando a faculdade do INCRA de propor a ação de desapropriação. Não se pode confundir a suspensão da desapropriação - objeto de disciplina no Código de Processo Civil - com a suspensão do processo administrativo. Nesse sentido, o resultado da perícia, que consubstancia apreciação da questão de mérito acerca de fatos, não configura, em si mesmo, óbice jurídico ao natural prosseguimento do processo administrativo anteriormente instaurado. Eventual erro na elaboração do laudo ou na sua apreciação pela autoridade administrativa, ao contrário do que possa parecer, não

configura ofensa ao *due process of law*, pois nessa hipótese tem a parte o ônus de discutir sua pretensão perante o Poder Judiciário, sem que daí prive a outra parte de fazer o mesmo. Nessa ordem de idéias, o laudo pericial produzido nos autos da ação declaratória ajuizada pelos agravados não é causa de suspensão do processo administrativo.

4. No que se refere à determinação judicial para desde logo produzir-se a prova pericial, não se verifica prejuízo às partes para que assim se faça, desde que, como aliás decorre da decisão recorrida, seja o INCRA citado e intimado, sendo-lhe franqueado o exercício do contraditório.

5. Agravo de instrumento provido em parte, para restabelecer a eficácia do laudo agrônomo, bem como para que o processo administrativo tenha normal prosseguimento. Agravo regimental prejudicado.

(TRF 3ª Região, Quinta Turma, Agravo de Instrumento nº 0087507-33.2007.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal André Nekatschlow, j. 25/10/2010, e-DJF3 05/11/2010, p. 592)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE RURAL. POSSIBILIDADE.

1. Agravo de Instrumento manejado contra a decisão que determinou a imediata imissão do INCRA na posse do imóvel rural.

2. Há em trâmite uma Ação Declaratória de Produtividade Rural, na qual a autora/agravante busca comprovar judicialmente que sua propriedade era e é produtiva, suspendendo em definitivo os efeitos desapropriatórios buscados pelo INCRA. Todavia, encontra-se no aguardo da produção de prova pericial para aferir a (im)produtividade do imóvel, face à controvérsia travada nos autos.

3. Diante da dúvida quanto à produtividade do imóvel rural, é de suspender a

imissão no imóvel até o julgamento da Ação Declaratória que já se encontra na fase probatória, com vistas a afastar a possibilidade da ocorrência de dano de difícil reparação. Agravo de Instrumento provido.

(TRF 5ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 0042021-97.2009.4.05.0000/PE, Relator Desembargador Federal Maximiliano Cavalcanti, j. 11/03/2010, DJ 22/03/2010, p. 139)

3. Estudo de caso.

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA – busca reverter a posição já sufragada na jurisprudência, defendendo o caráter preferencial e prejudicial da desapropriação em relação às outras ações, especialmente sob o fundamento de que a discussão judicial poderá dar tempo ao proprietário do imóvel para alterar a situação fática averiguada pelo INCRA no momento da vistoria.

Alega a Autarquia² que o efeito prático do reconhecimento da prejudicialidade das ações declaratórias de produtividade é a paralisação do processo administrativo ou judicial de desapropriação, ou, no mínimo a postergação da imissão na posse, o que traz efeitos desastrosos no programa de reforma agrária, pois obsta a criação de assentamentos de trabalhadores rurais. Aduz, ainda, que as decisões que cassam imissões deferidas são ainda mais graves, pelo risco de tensão social e violência quando do seu cumprimento.

Segundo o INCRA, a proliferação de decisões favoráveis aos proprietários rurais neste tipo de demanda tem provocado uma mudança de estratégia processual, qual seja, a migração paulatina das impugnações via Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal para as chamadas “ações declaratórias de produtividade”, ordinarizando o rito sumário da desapropriação para fins de

² Nota Técnica/CGA/PFE/INCRA nº 01/2010.

reforma agrária, em afronta aos preceitos constitucionais e legais.

A Procuradoria defende a manutenção do rito sumário de desapropriação, sob o argumento de que a desapropriação é regulada por procedimento especial, previsto em um microssistema processual próprio, que admite apenas a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – CPC, naquilo que lhe for compatível. Dessa forma, somente seria admissível a aplicação do artigo 265, IV, *a*, do CPC se ele fosse compatível com a Lei Complementar nº 76/1993, o que não se reputa verdadeiro, em face do que dispõe o artigo 18 da referida Lei Federal.

Por fim, argumenta a Autarquia que em nada prejudica ao expropriado o julgamento da desapropriação antes da ação declaratória de produtividade, uma vez que “a invalidação judicial posterior da desapropriação terá repercussão apenas na forma de pagamento, já que implicará a conversão da desapropriação-sanção para uma desapropriação indireta, com pagamento da indenização em dinheiro”.

Apesar de plausíveis, entendo que os argumentos apontados pelo INCRA sucumbem ante a necessidade de se conceder um contraditório mínimo aos expropriados que buscam o judiciário para defender seu direito à propriedade, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o que não se mostra possível no rito previsto pela Lei Complementar nº 76/1993.

Entretanto, é preciso exigir a apresentação de elementos probatórios mínimos acerca das alegações dos proprietários. De fato, o laudo que avalia a produtividade do imóvel lavrado pelo INCRA é um ato administrativo e, como tal, reveste-se de presunção relativa de legitimidade, característica essa que decorre da própria natureza do ato, já que emanado de agentes integrantes da estrutura do Estado, detentores de parcela do Poder Público.

Dessa forma, não se mostra coerente que se afaste essa aura de legitimidade sem que seja demonstrado o mínimo de plausibilidade jurídica por parte do autor da ação declaratória de produtividade.

É razoável exigir que a inicial seja acompanhada de laudo técnico, expedido por profissional habilitado, que explicitamente detalhe as incoerências do laudo firmado pela Autarquia, pois o simples pedido, desacompanhado de lastro probatório mínimo, não é capaz de afastar a presunção de legitimidade do ato praticado pelo agente público.



Com isso, não se está querendo afirmar que o ato administrativo apresenta presunção absoluta e intocável, pois, com já dito, essa presunção é relativa, mas essa característica tem como efeito a inversão do ônus da prova, cabendo àquele que alega não ser o ato legítimo comprovar sua ilegalidade.

Diferentes são as hipóteses em que se aponta irregularidade formal no laudo, como, por exemplo, a ausência de notificação dos expropriados, com nítida ofensa ao princípio do contraditório, bem como a utilização de metodologia inadequada. Estas, por serem questões puramente de direito, apresentam-se de forma mais clara e independem de prova

robusta, podendo ser apreciadas até mesmo em sede de mandado de segurança.

Outro ponto importante abordado pela Autarquia é o fato de que o laudo pericial a ser produzido em juízo certamente irá retratar uma realidade distinta daquela constatada pelo INCRA durante a avaliação.

Vejamos o entendimento do INCRA, sufragado por meio da Nota Técnica/G/PFE/INCRA nº 03/2009, a qual compõe o banco de teses de defesa mínima utilizado nos processos de desapropriação:

(...)

03. O Judiciário tem entendido que a discussão da produtividade do imóvel em ação ordinária seria questão prejudicial ao andamento da desapropriação e ao deferimento da imissão na posse, considerando que essa ação demandaria a suspensão do feito expropriatório com base no art. 265, IV, do CPC. Na maior parte das vezes sequer é exigida a apresentação de um mínimo de elementos probatórios acerca das alegações do proprietário. A simples discussão judicial da produtividade em ação ordinária, em contraposição ao laudo administrativo do INCRA, já seria causa para conceder uma liminar judicial e suspender a desapropriação, sob o pálio da preservação do direito ao contraditório e à ampla defesa em favor do proprietário rural, do princípio da inafastabilidade do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário e do *periculum in mora* representado por uma imissão na posse poderia descaracterizar o imóvel rural.

04. Esse tipo de entendimento desnatura o rito sumário da desapropriação para fins de reforma agrária, pois o procedimento é ordinarizado, ficando sobrestado até que a ação declaratória de produtividade seja julgada e transite em julgado. A imissão de posse, que deveria ocorrer em 48 horas após o despacho inicial, pode demorar anos até que venha finalmente ser deferida. Uma das graves repercussões desse tipo de expediente é que, *com a suspensão da*

desapropriação o proprietário ganha tempo para alterar a realidade econômica da terra, de forma que, quando da realização da perícia judicial, o imóvel já se encontra apresentando os índices mínimos de produtividade. O Judiciário e mesmo o INCRA não se atentam que as perícias judiciais, na maioria das vezes, não guardam relação com a época em que o imóvel foi objeto de vistoria administrativa e, com isso, colhem uma realidade econômico-social totalmente diversa da existente quando do levantamento de informações pelo INCRA. O Judiciário se transforma em subterfúgio para burlar a reforma agrária e conferir tempo ao proprietário para tornar seu imóvel produtivo, escapando assim da desapropriação. A presente Nota Técnica visa trazer orientações específicas quanto a este problema. É necessário argumentar tecnicamente que as perícias oficiais não podem se reportar a período de tempo diverso daquele a que se referiu a vistoria administrativa, porquanto duas provas periciais que examinam as condições de uso do imóvel em períodos diversos de tempo não são passíveis de comparação entre si.

05. A premissa fundamental para essa argumentação passa pela consideração de que a *condição de produtividade tem caráter transitório*. O imóvel que se apresentar como produtivo hoje pode não sê-lo amanhã, e pode inclusive voltar a ser produtivo posteriormente. Para que uma desapropriação seja anulada é preciso que seja demonstrada a existência de vício no laudo administrativo que apurou a improdutividade do imóvel em um dado momento. Eventual constatação judicial de que o imóvel seria produtivo em período posterior à vistoria do INCRA não tem o condão de anular a desapropriação, já que isso não invalida o laudo do INCRA e nem mesmo a desapropriação. Na verdade, tal constatação não teria valor jurídico algum, já que as modificações nas condições de uso do imóvel após a vistoria do INCRA não invalidam as conclusões do processo

de desapropriação. Daí porque se deve exigir *a necessária contemporaneidade entre a perícia judicial e o laudo administrativo* que classificou o imóvel como descumpridor de sua função social. Neste diapasão, *deve-se explicar que a vistoria do INCRA apura as condições de uso do imóvel rural nos 12 (doze) meses inteiros imediatamente anteriores ao do recebimento da comunicação de vistoria preliminar pelo proprietário rural*, conforme estipulado no art. 9º, § 2º da Norma de Execução nº 83/2009. Não se afere apenas um único momento, mas a produção correspondente a um ano inteiro é levada em consideração para a classificação fiduciária. Esse parâmetro, inclusive, é medida de justiça ao produtor rural, o qual poderia se ver prejudicado se fosse apurado apenas o uso em um mês ou estação em que houve problemas climáticos, por exemplo. É exatamente em relação a esse período que a perícia judicial deve se debruçar para efeito de comparação adequada com o laudo administrativo impugnado.

06. *A transitoriedade da condição de produtividade deixa claro também que a perícia judicial se destinará a avaliar fato passado e, por isso, deverá ser necessariamente uma perícia indireta.* Sendo assim, como a produtividade na época avaliada pelo INCRA é fato passado, *a perícia judicial terá de ser feita por meios indiretos de prova, tais como fotografias, testemunhos, documentários, contraste do laudo administrativo com documentos de produção do imóvel da época, etc. Uma simples vistoria, debruçada sobre as condições atuais, não será suficiente para infirmar a desapropriação, já que a modificação das condições de uso posteriormente ao laudo administrativo não prejudica o processo de desapropriação.*³

O Grau de Utilização da terra – GUT e o Grau de Eficiência da Exploração – GEE, parâmetros fixados pela Lei nº 8.629/1993 para aferir a produtividade do imóvel são variáveis ao longo do tempo. Um imóvel rural que apresenta grau de utilização da terra inferior a 80% (oitenta por cento) em um ano pode vir a apresentar grau de utilização superior a este percentual no ano seguinte, o mesmo se pode afirmar da eficiência da exploração.

Imagine-se que uma determinada propriedade foi declarada de interesse social para fins de desapropriação para a reforma agrária e somente após dois anos da realização da vistoria pelo INCRA é que este laudo veio a ser contestado judicialmente. Por óbvio, a realidade encontrada pelo perito judicial, ao efetuar perícia no imóvel quando decorridos mais de dois anos da vistoria administrativa, não será a mesma realidade constatada pela Autarquia agrária.

Nestes casos, a antecipação de provas mostra-se de suma importância, pois quanto maior o tempo decorrido entre as avaliações administrativa e judicial, maiores serão as divergências nos cenários avaliados, sendo certo que não é possível fazer uma comparação técnica entre realidades totalmente distintas. Mister que se recorra às vias probatórias indiretas (análise de eventual arquivo fotográfico, de documentos antigos, de declarações fiscais de exercícios anteriores e a ouvida de vizinhos ou moradores das áreas circunvizinhas ao imóvel em foco), que sejam capazes de recompor, com a máxima fidelidade possível, para fins de avaliação, o estado pretérito da propriedade.

O que se deve buscar por meio da perícia judicial é avaliar a produtividade do imóvel, à época da vistoria, pois só com este parâmetro será possível deliberar sobre a regularidade do ato administrativo praticado pelo INCRA. É o caso típico de ação que exige perícia indireta.

Este foi o entendimento adotado, *mutatis mutandis*, pelo Tribunal Regional Federal da

3 BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Procuradoria Federal Especializada Junto ao INCRA. *Lei 8.629/1993 comentada por procuradores federais: uma contribuição da PFE/INCRA para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo*. Brasília: INCRA, 2011.

5ª Região, quando decidiu pela necessidade de realização de prova pericial indireta para a verificação do valor indenizatório em sede de desapropriação para fins de reforma agrária:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. FALHAS NO LAUDO OFICIAL, ACOLHIDO INTEGRALMENTE PELA SENTENÇA APELADA. GRANDE DISCREPÂNCIA ENTRE A INDENIZAÇÃO PROPOSTA PELO LAUDO OFICIAL E PELO LAUDO DO EXPROPRIADO. NECESSIDADE DE PERÍCIA INDIRETA. NULIDADE DA SENTENÇA.

1. O laudo elaborado pelo Vistor Oficial, em Ação de Desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, acolhido *in totum* pela sentença apelada, incidiu nos seguintes equívocos: (a) não atribuiu qualquer valor pecuniário a duas benfeitorias existentes no imóvel desapropriando, a saber, ao prédio de uma capela rural e a uma locomotiva antiga, de interesse histórico; (b) não atribuiu qualquer valor pecuniário a uma das quatro barragens comprovadamente existentes no dito imóvel rural; (c) calculou o valor das três barragens em metros quadrados, quando o correto seria o seu cálculo em metros cúbicos.

2. Além disso, a perícia do Vistor Oficial foi realizada após decorridos 3 anos da invasão e ocupação, pelo MST, do imóvel rural desapropriando, quando várias benfeitorias ali existentes ao tempo da expedição do Decreto Expropriatório já haviam sido depredadas, delas restando, tão somente, ruínas e escombros; esse fato, certamente, explica a acentuada discrepância entre os valores atribuídos às principais benfeitorias existentes no imóvel pelas perícias do Vistor Oficial (realizada em 18/06/03) e do Assistente Técnico do expropriado (realizada em realizada em 05/09/01).

3. A indenização deve refletir o valor da terra nua e o das benfeitorias existentes no imóvel desapropriando ao tempo em que foi expedido o Decreto de Desapropriação, sendo, portanto, esse o



momento em que deve ser aferido o seu estado de conservação; mostrando-se inviável a avaliação da terra nua e das benfeitorias no estado em que se encontravam no momento de expedição do Decreto Expropriatório, é mister que se recorra às vias probatórias indiretas (análise de eventual arquivo fotográfico, de documentos antigos, de declarações fiscais de exercícios anteriores e a ouvida de vizinhos ou moradores das áreas circunvizinhas ao imóvel em foco), que sejam capazes de recompor, com a máxima fidelidade possível, para fins de avaliação pecuniária, o estado pretérito da propriedade.

4. Ante os inúmeros equívocos e imprecisões existentes no laudo do Vistor Oficial, acolhido *in totum* pela sentença recorrida, impõe-se a anulação desta, para que outra seja proferida em seu lugar, após a realização de nova perícia técnica, a critério do Juízo Monocrático.

5. Remessa Oficial a que se dá parcial provimento, para anular a sentença recorrida, julgando prejudicadas as Apelações Cíveis.

(TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 0005581-42.2001.4.05.8000/AL, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, j. 25/04/2006, DJ 02/06/2006, p. 751)

Ora, se a perícia judicial indireta é imprescindível para a fixação do *quantum* indenizatório, com muito mais razão o será para a determinação da produtividade ou não do imóvel, que se reveste de verdadeira condição da ação de desapropriação, já que o fundamento jurídico do pedido nas ações de desapropriação para fins de reforma agrária é justamente o descumprimento da função social da propriedade rural, que é aferida, entre outros elementos, pelo grau de produtividade e pela eficiência na exploração do imóvel.

Além disso, com aventado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao INCRA, o fato de ter postergada a avaliação da produtividade do imóvel, entre a vistoria administrativa e a avaliação judicial, permite ao particular dar destinação econômica ao bem antes improdutivo, furtando-se à aplicação da sanção pelo descumprimento da função social da propriedade.

4. Conclusão.

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária representa um efetivo instrumento na luta para a justa distribuição de terras em nosso país. É preciso aplicar corretamente as ferramentas postas à disposição pelo Legislador Constituinte Originário para a promoção da reforma agrária, sem, entretanto, aniquilar completamente o direito de propriedade dos particulares. Neste contexto, o Judiciário apresenta papel relevante, como verdadeiro mediador de forças, razão pela qual deve ficar atento para não ser utilizado como escudo para a prática de atos ilícitos, com desastrosos efeitos sociais. É preciso sempre ter em mente que o direito à propriedade não pode se sobrepor a outros direitos constitucionais, como o acesso à terra e à dignidade humana.

Referências.

ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de. A função social da posse como princípio limitador do direito de propriedade. In: MARQUES, Carla Regina Silva et al *Fundamentos constitucionais de direito agrário: estudos em homenagem a Benedito Ferreira Marques*. São Paulo: SRS, 2010.

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. As causas jurídicas e o (in)efeito contábil da imunidade do ITBI aos imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 16, n. 83, p. 9-24, nov./dez. 2008.

BRAGA, Francisco José Falcão. Ação de desapropriação para fins de reforma agrária e a incidência recursal nela possível. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 18, n. 116, p. 297-316, mar./abr. 2004.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Procuradoria Federal Especializada Junto ao INCRA. *Lei 8.629/1993 comentada por procuradores federais: uma contribuição da PFE/INCRA para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo*. Brasília: INCRA, 2011.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. As ocupações e a desapropriação para reforma agrária. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 11, n. 54, p. 29-49, mar./abr. 2009.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra; FERNANDES, Luciana de Medeiros. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária: o impedimento do § 6, do art. 2º, da Lei nº 8.629/1993, na redação dada pela Medida Provisória nº 2183-56/2001, e sua aplicação na prática jurisprudencial. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 15, p. 11-45, ago. 2007.

CLEMENTE, Andréa Grotti; STENDARD, Fabrício; SILVA, Ivaniris Queiroz. Desapropriação por interesse social pra fins de reforma agrária. *Revista da AGU*, Brasília, v. 5, n. 10, p. 95-110, ago. 2006.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. O princípio constitucional da justa indenização na desapropriação para fins de reforma agrária. *Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 91-108, jan./mar. 2002.

COUTINHO, Nilton Carlos. Da desapropriação para fins de reforma agrária enquanto instrumento limitador do direito de propriedade e implementador da função social da propriedade. *Revista de Direito e Política*, São Paulo, v. 5, n. 16, p. 89-103, jan./abr. 2008.

DINIZ, Maria Helena. Desapropriação por interesse social para fins da reforma agrária e a recomposição da condição jurídica do expropriado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 65-68, out./dez. 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed., 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. Direito fundamental de propriedade. Atendimento à função social. Requisitos para desapropriação para fins de reforma agrária. Vícios formais e materiais do processo administrativo. Cabimento do mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 127-152, maio 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Reforma agrária - desapropriação: bens públicos - titularidade duvidosa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Carlos (Orgs.). *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 911-931.

MENEZES, Olindo. Anotações sobre a indenização da cobertura florestal na desapropriação agrária. In: *Desapropriação: doutrina & jurisprudência*. Brasília: TRF-1ª Região, 2005, p. 21-41.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Desapropriação para fins de reforma agrária*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

PAULSEN, Leandro; CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão; RIOS, Roger Raupp. *Desapropriação e reforma agrária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUSA, João Bosco Medeiros de. A audiência de conciliação nos processos judiciais de desapropriação para reforma agrária: a Lei Complementar nº 88/76. *Revista Esmafe*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 2, p. 140, maio 2001.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Um Brasil sem latifúndio*. Brasília: TRF-1ª Região, 2000. (Cartilha jurídica; 72).

_____. *Desapropriação para reforma agrária: juros compensatórios, indenização pela cobertura florística*. Brasília: TRF-1ª Região, 1997. (Cartilha jurídica; 48).

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Desapropriação para fins de reforma agrária: apontamentos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Carlos (Orgs.). *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 861-880.

XAVIER, Flávio Santanna. Desapropriabilidade por interesse social, pelos estados e municípios, de imóvel rural para fins de reforma agrária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 87-108, jul./set. 2001.

ZUNG, Che Yee. *Perícias de desapropriação para reforma agrária: aspectos processuais e casos práticos*. Curitiba: Juruá, 2009.

Os efeitos da dualidade de instâncias no direito antitruste brasileiro¹



Marcelle Ragazoni Carvalho

Juíza Federal da 7ª Vara Gabinete do Juizado Especial Federal de São Paulo. Mestranda em Direito Econômico pela PUC/SP. Visitor Student na King's College London (jan./mar. 2014).

SUMÁRIO: 1. Resumo. 2. Objetivos. 3. Justificativa. 3.1. O controle da Administração Pública. 3.2. Conceito e características do ato administrativo. 3.3. Revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 3.4. A atuação do CADE. 3.5. Controle judicial das decisões do CADE. 3.6. Jurisprudência brasileira. Bibliografia.

1. Resumo.

Considerando que a Constituição Federal, ao estabelecer no seu artigo 5º, XXXV, a garantia fundamental da inafastabilidade do controle do Judiciário sobre qualquer lesão ou ameaça a direito, instituiu a dualidade de instâncias no ordenamento jurídico brasileiro, diversas questões surgem acerca da revisibilidade das decisões administrativas pelo Poder Judiciário.

Embora não haja muitas divergências acerca da possibilidade dessa revisão, no âmbito do processo judicial, dúvidas surgem a respeito dos limites de atuação do Poder Judiciário, ou seja, se o controle pode ser amplo ou restrito a alguns aspectos do ato administrativo.

A questão ganha relevância principalmente em razão da projeção que ganhou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE recentemente e da sua atuação mais combativa no tocante à defesa da concorrência, sistema que ganhou novos contornos após a vigência da Lei nº 12.529/2012, notadamente os atos de conduta, os quais são mais comumente levados ao conhecimento do Judiciário, em comparação com os atos de concentração.

Com isso, a tendência é que um maior número de casos envolvendo decisões proferidas pelo CADE chegue ao Judiciário para análise e controle, sendo importante, portanto, o estudo dos limites da atuação judicial, tendo em vista as características especiais da atuação administrativa nesses casos específicos.

¹ Projeto de pesquisa em direito econômico apresentado ao CEDES – Centro de Estudos de Direito Econômico e Social para o programa de bolsas de estudos em direito concorrencial e direito econômico em convênio com o King's College London.

2. Objetivos.

O ponto principal deste trabalho é analisar a doutrina e jurisprudência brasileiras, no tocante ao controle, pelo Judiciário, das decisões administrativas proferidas pelo CADE, ou, no caso dos países estrangeiros, pelo órgão correspondente de proteção da concorrência.

É incontestável, no Brasil, a existência de duas instâncias – administrativa e judicial – autônomas e independentes, decorrência do sistema de separação de poderes albergado pela nossa Constituição.

A dualidade de instâncias e as características próprias do Poder Judiciário fazem com que somente as decisões deste tenham o caráter de definitividade, não comportando revisão no âmbito de outro Poder.

No entanto, a Administração, embora adstrita à lei, tem certa margem de liberdade na sua atuação, havendo, portanto, limites para o controle judicial dos atos por ela praticados.

A questão ganha contornos especiais quando se trata da revisão das decisões administrativas do CADE, órgão que tem características diferenciadas, especialmente por ser técnico, cuja natureza jurídica será analisada adiante. Apesar disso, suas decisões, como órgão administrativo que é, são também atos administrativos.

Assim, para definir os limites da intervenção do Judiciário, primeiramente é preciso distinguir os tipos de atos administrativos e analisar seus requisitos de validade e eficácia, o conteúdo, a discricionariedade, o conceito de mérito, etc., questões que virão à tona sempre que se tratar da revisão de um ato administrativo pelo Judiciário.

Consequentemente, se faz necessário um breve estudo da doutrina da separação de poderes e do direito administrativo, especialmente quanto ao controle dos atos da Administração, ao conceito de ato administra-

tivo e, especificamente, de ato discricionário e vinculado.

3. Justificativa.

3.1. O controle da Administração Pública.

A teoria clássica da separação de poderes, concebida por Montesquieu, apresentou a divisão das funções típicas do Estado entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, concebida como uma forma de garantia da sociedade contra os abusos do Governo e como forma de organização e controle da Administração, através do sistema de freios e contrapesos.²

O controle da Administração pelos outros Poderes, no caso específico, pelo Judiciário, tem por objetivo assegurar a observância dos princípios estabelecidos constitucionalmente e que devem reger a sua conduta.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro,

(...) pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.³

Além da observância dos princípios constitucionais, que conferem legitimidade ao ato administrativo, este também deve observar fielmente o disposto em lei.

É certo que se presume de plano a legalidade e a legitimidade do ato administrativo, cabendo ao administrado a prova em sentido contrário. Portanto, ao Judiciário, caso questionada a validade e eficácia do ato administrativo, caberá confirmar sua vali-

2 FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 637.

dade ou invalidá-lo, caso haja provas suficientes de que o ato não observou os preceitos legais e constitucionais a ele inerentes.

Tendo em vista a previsão constitucional expressa de inafastabilidade do Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), conclui-se que no Brasil a função jurisdicional foi atribuída com exclusividade ao Poder Judiciário, de modo que apenas este tem o poder de proferir decisões resguardadas pela efetividade da coisa julgada.

Nosso ordenamento jurídico adotou, assim, “o sistema da *jurisdição una*”,⁴ em contraponto aos países que adotam o sistema do *contencioso administrativo*, no qual órgãos administrativos exercem também a função jurisdicional em lides envolvendo a Administração Pública.

Dessa forma, diante da garantia constitucional de se recorrer ao Judiciário sempre que verificada lesão ou ameaça a direito, deduz-se que toda decisão administrativa está sujeita ao controle judicial. Por isso, é preciso traçar os limites e as características desse controle.

Para tanto, há que se fazer algumas considerações sobre o ato administrativo.

3.2. Conceito e características do ato administrativo.

Importante destacar o conceito de ato administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello, fazendo parte da própria definição daquele a possibilidade de controle de legitimidade por órgão jurisdicional.⁵

Maria Sylvia Zanella di Pietro igualmente menciona a possibilidade de controle judicial, definindo o ato administrativo como



(...) a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.⁶

O ato administrativo difere dos atos jurídicos em geral em razão das suas peculiaridades, entre elas a presunção de legitimidade e veracidade, que dizem respeito à conformidade do ato com a lei e com os princípios que regem a Administração Pública e com a veracidade dos fatos alegados pela Administração como motivação para o ato. Além disso, em decorrência do regime público a que estão submetidos, goza das características da imperatividade e da autoexecutoriedade.

Os atos administrativos podem ainda ser classificados segundo diferentes parâmetros, interessando ao presente estudo a classificação dos atos em discricionários e vinculados, o que terá reflexos quanto ao controle sobre eles exercido.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, atos discricionários, ou *atos praticados no exercício de competência discricionária* seriam “os que a Administração pratica dis-

⁴ *Ibidem*, p. 654.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 389.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 189.

pondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo”.⁷ Já os atos vinculados seriam aqueles que “a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento”.⁸ Nesses casos, não há espaço para qualquer apreciação subjetiva por parte da Administração.

Para serem válidos e aptos a produzirem efeitos, os atos administrativos devem cumprir todos os requisitos relacionados à competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Observa-se, quanto aos atos administrativos discricionários, que a lei não regulou inteiramente o seu conteúdo, deixando ao administrador a possibilidade de escolha, dentre as soluções possíveis, daquela que parecer mais conveniente e oportuna ao interesse da Administração.

Considerando a existência de atos administrativos vinculados e discricionários, ganha relevo a definição do chamado “mérito” do ato administrativo.

O mérito está relacionado com o ato administrativo discricionário e corresponde justamente ao campo de liberdade conferido pela lei para que o administrador possa escolher, entre duas opções viáveis, aquela que melhor atende à finalidade da lei.

A discricionariedade, porém, tem limites, que devem ser observados, sob pena de invalidade do ato. Deste modo, também o ato discricionário pode sofrer controle, pois, mesmo que se confira margem de decisão ao administrador quanto ao conteúdo, os demais requisitos, como finalidade e motivo, são vinculados.

3.3. Revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

É assente na jurisprudência brasileira que cabe aos Tribunais o controle quanto à legalidade dos atos administrativos.

Como exposto acima, para serem válidos e eficazes, os atos administrativos devem cumprir todos os requisitos relacionados à competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Assim, o Poder Judiciário pode verificar se subsistem os motivos invocados para a prática o ato, ou se eles são idôneos; se o fim alcançado pelo ato é realmente aquele a que se destinava (desvio de poder); se a causa do ato é compatível com o seu objeto, tendo em vista a finalidade prevista em lei.

Mesmo quanto aos atos discricionários, o Judiciário pode exercer o controle quanto a certos aspectos do ato, a fim de verificar se não foram ultrapassados os limites da discricionariedade, ficando defesa sua intervenção apenas “quanto aos aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública”,⁹ ou seja, o mérito do ato administrativo.

Em relação ao mérito, correspondente à conveniência e oportunidade conferidas pela lei, tal análise é exclusiva do administrador, sob pena de invasão de competências indevida pelo Judiciário, extrapolando os limites da separação de poderes.

E, ainda, nas palavras de Hely Lopes Meirelles,

(...) o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência (...) Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito à apreciação judicial, exatamente para que a

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 428.

8 *Ibidem*, p. 428.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 654.

Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade.¹⁰

E acrescenta:

No nosso sistema de jurisdição judicial única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5º, XXXV), a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.¹¹

Assim, tem-se que em nosso sistema o controle do Judiciário em relação aos atos administrativos está adstrito ao controle de legalidade e de legitimidade, sendo vedado o controle quanto ao seu mérito.

De se ressaltar que sobre os atos administrativos recai a presunção de legalidade e legitimidade, sendo a primeira a subsunção dos atos administrativos à lei, enquanto a legitimidade decorre da observância dos princípios que regem a Administração Pública.

E, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não se pode atribuir às decisões administrativas o mesmo caráter de definitividade de que gozam as decisões judiciais transitadas em julgado.

3.4. A atuação do CADE.

Nos termos da Lei nº 12.529/2012, o CADE é uma entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, possuindo natureza de autarquia especial, exercendo a

função de tribunal administrativo, responsável por apurar, prevenir e punir as infrações à ordem econômica.

Como autarquia, órgão integrante da estrutura da Administração Pública, deve observar os princípios que regem a Administração em geral. No entanto, diferencia-se por se submeter a regime especial, uma vez que suas decisões não estão sujeitas à revisão na esfera administrativa, gozando de autonomia.

Embora considerado órgão judicante pela lei, não há o exercício da função jurisdicional propriamente dita, que é conferida com exclusividade ao Poder Judiciário, apesar de o CADE exercer funções assemelhadas às de um Tribunal Judicial.¹²

3.5. Controle judicial das decisões do CADE.

Superada a questão da possibilidade de revisão das decisões administrativas pelo Poder Judiciário, bem como entendidos os conceitos de mérito do ato administrativo e discricionariedade da Administração, incumbe analisar os limites para atuação do Poder Judiciário em face de uma decisão proferida por órgão técnico administrativo, como é o CADE. Além da sua natureza jurídica, cabe perquirir acerca da natureza das suas decisões.

É entendimento pacífico que se tratam de decisões administrativas, portanto, atos administrativos, que devem ter os mesmos requisitos de validade dos atos administrativos em geral, o que já foi explicado anteriormente.

Segundo Walter Nunes da Silva Junior,

(...) em se tratando de órgão técnico, e não político, as suas decisões não são discricionárias. Elas são vinculadas não no sentido de subsunção à lei, mas aos critérios científicos que devem ser homenageados no exame da matéria.¹³

10 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

11 *Ibidem*, p. 677.

12 ANDERS, Eduardo Caminati; PAGANO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012, p. 17-20.

13 SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Revisão judicial das de-*

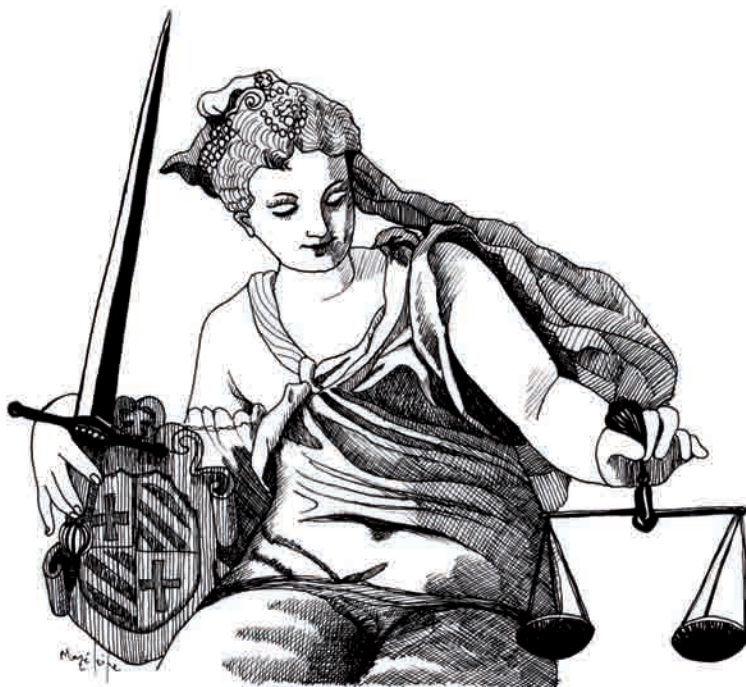
Nesse sentido também Fernanda Mercier Querido Farina, explicando que, na atividade sancionatória,

(...) o ente administrativo não pode aplicar os princípios da oportunidade e conveniência, porque a atividade sancionadora é poder exclusivo do Judiciário e exercido em caráter excepcional pela Administração Pública (...) Sendo assim, para aplicar sanções, a Administração deve observar a estrita legalidade.¹⁴

Nos termos exposto, não haveria discricionariedade em decisões técnicas, pois o julgador fica adstrito aos aspectos técnicos, o que configura o regramento da questão. Logo, em sendo ato verdadeiramente vinculado, e não discricionário, não suscitaria maiores questões a possibilidade de revisão da decisão do CADE pelo Judiciário, ressaltando-se mais uma vez a impossibilidade de revisão administrativa das decisões do CADE, em razão da sua autonomia.

Assim, a se considerar a decisão do CADE um ato vinculado, seria ampla a possibilidade de revisão pelo Judiciário, concluindo Walter Nunes da Silva Junior, pela “possibilidade de reexame judicial do mérito, ressalvada a recepção do pronunciamento do CADE, em seus aspectos técnicos, em condição análoga à dos laudos periciais.”¹⁵

Ainda segundo o autor, caberia, porém, à parte o ônus da prova quanto ao enfrentamento judicial (pedido constitutivo negativo) da decisão do CADE.¹⁶



Por outro lado, caso se entenda que as decisões do CADE estejam inseridas no âmbito da discricionariedade administrativa, mais importante torna-se a discussão acerca dos limites do controle judicial.

Nesse caso, conforme entende a maioria da doutrina nacional, seria vedado ao Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo, cabendo a ele apenas o controle de legalidade, quanto à proporcionalidade ou razoabilidade da penalidade aplicada ou de qualquer outra obrigação imposta.

Mais difícil, porém, é a solução, quando se trata da possibilidade de reavaliação das provas produzidas na esfera administrativa pelo Judiciário, implicando na reanálise de todas as provas produzidas na esfera administrativa, bem como dos debates lá travados.

Resposta simplista seria pela impossibilidade de reavaliação pelo Judiciário, sob o argumento de que o Judiciário não tem conhecimento técnico para decidir controvérsias de Direito Econômico. Esse argumento, porém, é facilmente afastável, pois a maioria das controvérsias envolve questões fáticas e o Judiciário, nos casos comuns, também as resolve.

cisões do CADE. *Revista de direito da concorrência*, n. 12, out./dez. 2006, p. 112.

14 FARINA, Fernanda Mercier Querido. Deferência ou desconfiança? O alcance judicial das revisões judiciais sobre atos das agências reguladoras em análise comparada com o direito norte-americano. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 383, jan. 2013, p. 64.

15 SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. *Revista de direito da concorrência*, n. 12, out./dez. 2006, p. 109.

16 *Ibidem*, p. 114.

Outro argumento seria o de que, sendo a questão eminentemente técnica, com regras claras e objetivas, não caberia a revisão pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Edilson Nobre, para quem

(...) embora as decisões do CADE não sejam infensas ao exame do Judiciário, quando a questão envolver *critérios de natureza eminentemente técnica*, a imiscuição do magistrado deve se conter à observação do respeito à *proporcionalidade ou razoabilidade da medida* ou à ausência do substrato fático no qual se escorou a decisão ou à existência de *erro evidente* quanto à apreciação dos fatos.¹⁷

Uma solução proposta seria a utilização da decisão do CADE como prova emprestada nos autos judiciais, sendo objeto de valoração como qualquer outra prova produzida nos autos, dentro do âmbito do livre convencimento motivado do juiz.

3.6. A jurisprudência brasileira.

Na jurisprudência brasileira encontram-se decisões judiciais que corroboram o entendimento quanto à possibilidade da mais ampla revisão das decisões proferidas pelo CADE.

Como exemplo, é possível citar a decisão proferida pela 4ª Vara Federal do Distrito Federal, nos autos da ação nº 2007.34.00.044314-6, em que o Judiciário afastou decisão do CADE que reconheceu a prática de cartel na produção de medicamentos genéricos. Houve no caso reavaliação das provas produzidas na esfera administrativa, embora tenha reconhecido que o processo administrativo desenvolveu-se sem qualquer ofensa aos princípios constitucionais.¹⁸

É possível citar ainda decisão proferida pelo então Ministro do STJ, Luiz Fux, que entendeu que

(...) a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE) não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo.¹⁹

Concluindo-se, portanto, pela admissão, nos tribunais pátrios, da revisão judicial do mérito das decisões do CADE.

No âmbito da revisão judicial das decisões do CADE, mas referente a atos de concentração, observou-se importante atuação do Judiciário no caso das multas aplicadas por aquele órgão, sob o fundamento de intempestividade na submissão, ao seu controle, da realização de atos de concentração, nos termos do § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, c/c o artigo 2º da Resolução nº 15/1998-CADE.

De acordo com a lei então vigente, as empresas deveriam, previamente ou no prazo de quinze dias, submeter à apreciação do CADE os atos que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, como ocorre, por exemplo, com os atos aquisição de uma empresa por outra.

A referida Resolução nº 15/1998-CADE definiu que a realização da operação, para os fins da lei, ocorreria na data do primeiro documento vinculativo firmado entre os requerentes, ou seja, mesmo na fase das tratativas, já correria o prazo legal, antes do negócio definitivamente celebrado.

17 Apud SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. *Revista de direito da concorrência*, n. 12, out./dez. 2006, p. 118.

18 Autos nº 2007.34.00.044314-6, 4ª Vara Federal/DF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-20/justica-federal-df-anula-decisao-cade-absolve-acusados-cartel>>. Acesso em: 30 out. 2013.

19 STJ, AgRg na MC 8791/RS, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, j. 02/09/2004, DJ 13/12/2004.

Porém, prevaleceu na jurisprudência brasileira²⁰ o entendimento de que, nas operações empresariais complexas,

(...) os acordos prévios de intenções entabulados pelas empresas interessadas não estão sujeitos à regra prevista no § 4º do art. 54 da Lei nº 8.888/94, uma vez que não consubstanciam atos que, por si só, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.²¹

Em relação à atuação do Judiciário, pode-se tratar ainda das ações de indenização cíveis, cuja competência para apreciação lhe é exclusiva.

Verifica-se, nesses casos, exemplos da importância do Judiciário na defesa da ordem econômica, fundamentada sua atuação na garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Porém, embora não se possa descuidar dessa garantia constitucional, instrumento fundamental de controle do Estado pelo indivíduo, torna-se também necessário definir limites dessa intervenção, uma vez que a possibilidade ampla de revisão judicial das decisões administrativas do CADE pode levar à perda de credibilidade do órgão administrativo técnico e à inefetividade de suas decisões, acarretando consequências como o enfraquecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Há que se ressaltar que a Constituição elegeu alguns valores a serem protegidos, dentre eles a concorrência, elencando no seu artigo 170 os princípios que regem a ordem econômica.

Assim, visando à efetiva realização desses valores constitucionais, o sistema mais adequado é aquele que permite a convivência harmônica dos agentes que atuam na sua defesa e proteção – sendo os principais o CADE e o Poder Judiciário – o que se busca tratar no presente trabalho.

Por fim, as dificuldades iniciais do Judiciário em lidar com questões afeitas à defesa da concorrência, dada sua relativa escassez nos Tribunais, tendem a ser reduzidas com a participação mais ativa que vem tendo o CADE no exercício de sua função, aumentando o número de lides trazidas à apreciação judicial o que levará, após algum tempo, à formação de uma jurisprudência consolidada, trazendo maior segurança jurídica.

20 TRF da 1ª Região, Apelação Cível 2001.34.00.007638-4, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1: 03/06/2013, p. 96; TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.038373-5, Quarta Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, e-DJF1 31/10/2012, p. 1672; TRF da 1ª Região, Apelação Cível 2003.34.00.021252-2, Quarta Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, e-DJF1 28/09/2012, p. 783; TRF da 1ª Região, Apelação Cível 2001.34.00.027669-0, Primeira Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, e-DJF1 21/06/2013, p. 1490.

21 TRF da 1ª Região, Apelação Cível 2001.34.00.021170-3, Quinta Turma, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, e-DJF1 08/07/2013, p. 60.

Bibliografia

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGANO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Deferência ou desconfiança? O alcance judicial das revisões judiciais sobre atos das agências reguladoras em análise comparada com o direito norte-americano. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 383, p. 62-66, jan. 2013.

FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. *Revista de direito da concorrência*, n. 12, p. 107-122, out./dez. 2006.

A necessária distinção objetiva entre o traficante e o usuário na Lei de Drogas



Simone de Alcantara Savazzoni

Doutoranda em Filosofia do Direito e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Penal na Escola Paulista de Direito – EPD. Analista Judiciária no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

RESUMO: O uso de drogas permeia cada vez mais a sociedade e provoca, ainda nos dias atuais, ferrenhos debates sobre quais seriam as melhores formas de se lidar com isto: adoção de uma política criminal ainda mais rigorosa, ou uma política humanitária, voltada para a proteção e cuidado com o usuário. No meio deste embate, surgem demandas pela descriminalização do uso de drogas com base na autonomia da vontade e no respeito a direitos constitucionais como o da liberdade, intimidade e privacidade. Ante tudo isso, urge a questão: na legislação em vigor há uma frágil distinção – carente de critérios objetivos – entre traficante e usuário, que deveria ser posta na ordem do dia, mas acaba se perdendo neste universo de controvérsias e mudanças sociais e jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.343/2006. Drogas. Quantificação. Usuário. Traficante.

ABSTRACT: The use of drugs reaches each day greater visibility in society and currently enhances strong discussions about which would be the best ways to deal with such subject: adoption of a criminal police is even more competitive or is human related it is driven to protection and care towards the user. Among such a discussion, there may be issues raised such as decriminalization based on autonomy will and on constitutional rights such as freedom, intimacy and privacy. Upon all that, there is an issue raised: in legal terms it is in place a fragile distinction – in need of objective criteria – between a user who is drug trafficker should be positioned in the order of the day, but it ends up being lost in such a universe surrounded by questioning and social or legal changes in place.

KEYWORDS: Law nº 11.343/2006. Drugs. Quantification. User. Drug trafficker.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Falha congênita na Lei nº 11.343/2006. 3. Conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006: norma penal em branco. 4. *Novatio legis in mellius* para o usuário: uma tendência. 5. A tipificação do porte de drogas para uso pessoal: quantificar resolve? 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução.

O uso de drogas, que permeia cada vez mais nossa sociedade, tem pauta garantida na mídia e reverbera nos grupos sociais que lidam diretamente com esta questão, como médicos, psicólogos, educadores, assistentes sociais, operadores do direito e a polícia. Embora seja universal e milenar a prática humana de consumir drogas, a sociedade contemporânea – sustentando o discurso do último século – ainda condena quase que de forma absoluta o seu uso.¹

Entretanto, existem diferenciações facilmente observadas no perfil dos usuários. Com base nisto, a UNESCO, em estudo de 2009, classificou-os em quatro tipos, a saber:

(...) o experimentador, que experimenta um ou vários tipos de drogas, mas seu contato se restringe às primeiras experiências; o ocasional, que utiliza uma ou várias drogas de vez em quando, sem, no entanto, apresentar dependência; o habitual, que faz uso frequente, mas ainda “funciona” socialmente; e o dependente (chamado também de “toxicômano”), que vive pela e para as drogas e seus vínculos sociais são por elas bastante prejudicados ou até mesmo rompidos.²

E, para definir essa dependência química, a Organização Mundial da Saúde apontou os seguintes critérios:

(...) é necessário considerar a quantidade, a frequência do uso e pelo menos três dos seguintes sinais: compulsão, consciência da dificuldade para controlar o uso, uso para atenuar sintomas de abstinência, evidência de tolerância, consumo em ambientes não propícios ou a qualquer hora, perda de prazeres ou interesses, retorno ao uso de drogas após período de abstinência com reinstalação do quadro anterior e persistência do uso em detrimento das evidências danosas.³

Essa é uma avaliação importante porque somente o usuário dependente de drogas causa o impacto na saúde pública e na sociedade e leva o senso comum (aquele que impera) à condenação da utilização de qualquer tipo de substância entorpecente, por qualquer pessoa, de qualquer forma e em qualquer quantidade.

O julgamento e a condenação sociais ocorrem essencialmente em razão da incapacidade que o toxicômano – aquele que é radicalmente dependente químico – demonstra em participar normalmente da sociedade e, bem assim, do “prejuízo social” que causa.

Somado a isto, como expressão máxima desta desaprovação social, a conduta é ainda criminalizada pela legislação brasileira porque por detrás dela, e numa relação de retroalimentação, está o tráfico, que é um dos mais inquietantes, se não o mais grave problema de segurança pública enfrentado na atualidade pelo Estado.⁴

1 Há países em que o consumo e até mesmo a venda e a produção de determinado tipo de drogas é legalizado, como a Holanda, a Espanha e alguns estados dos Estados Unidos. Mais recentemente o Uruguai ganhou destaque por ser o primeiro país latino-americano a legalizar o uso da maconha. (VEJA como é a legislação relativa a maconha em outros países. *G1*, São Paulo, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/veja-como-e-legislacao-relativa-maconha-em-outros-paises.html>>. Acesso em: 15 abr. 2014.)

2 EIRO, Cynara Teixeira. Que lugar para as drogas no sujeito? Que lugar para o sujeito nas drogas? Uma leitura psicanalítica do fenômeno do uso de drogas na contemporaneidade. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982009000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 maio 2014.

3 *Ibidem*.

4 Guilherme de Souza Nucci explica que em relação ao porte de droga: “o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade. Não se pune o porte da droga para uso próprio, em função da proteção da saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico-penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade.” O autor assevera que a Saúde Pública é o objeto jurídico de proteção da Lei nº 11.343/2006. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 305.)

Este posicionamento não é, contudo, unânime. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal tem sido defendida por uma grande maioria dos atores sociais envolvidos nesta questão: em grande parte pelos juristas e pela sociedade civil (representada por entidades e associações), havendo uma resistência maior por parte da comunidade médica.

Os juristas argumentam de um lado que a criminalização do porte de droga para o consumo próprio, prevista na Lei nº 11.343/2006, ofenderia a Constituição Federal, já que o consumo de drogas oferece perigo apenas à saúde do usuário, dizendo respeito às suas opções pessoais, à sua intimidade, privacidade e liberdade.

Além disso, uma significativa parcela dos juristas entende que a criminalização do porte de drogas para consumo próprio afronta o princípio da alteridade, isto é, o princípio de autonomia de vontade da pessoa, na medida em que pune conduta inofensiva a bem jurídico do indivíduo, ferindo diretamente o seu direito fundamental à liberdade, constitucionalmente assegurado, já que – sendo considerada como conduta criminosa e, portanto, jurídica (e socialmente) proibida –, retira do indivíduo a prerrogativa inalienável de gerir sua própria vida da maneira que melhor lhe convier.

(...) a alteridade é pressuposto de legitimidade da atuação do direito penal –, criou-se, na jurisprudência, uma justificação que pode ser definida como um salto triplo carpado hermenêutico. Convencionou-se, no discurso jurídico, que a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal justificar-se-ia em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública. A proteção da saúde coletiva dependeria da ausência de mercado para a traficância. Em outras palavras, o porte para consumo pessoal teria a função de tornar possível a repressão ao tráfico de drogas, afinal, não haveria comércio clandestino se não houvesse mercado consumidor.

(...) Para além da demonização de certas substâncias, não é mais possível à ciência jurídica ignorar a existência de um antagonismo evidente entre a destinação pessoal do consumo e a proteção jurídica à saúde pública: se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual. Não há alteridade, apenas autolesão, o que inviabiliza a atuação do Direito Penal. *Nullum crimen nulla poena sine iniuria*.⁵

Neste aspecto a criminalização do uso de drogas é tida como uma invasiva e moralista intervenção estatal.

Se em direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio, quando o fato não ultrapassa o âmbito privado do agente. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (...). Não se trata de um tema de competência da Justiça penal. A polícia não tem muito o que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso).⁶

Estes argumentos relativos à defesa da autonomia da vontade para que o indivíduo se autodetermine não são sustentados apenas pelos juristas, pois têm ressoado em toda a sociedade, em outras áreas:

A psicanálise também concorda que “nem todo consumo de drogas deve ser enquadrado na condição mórbida para a qual se criou uma profusão de denomi-

5 MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim IBCCRIM* - Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal:-a-ilegitimidade-da-interven%C3%A7%C3%A3o-penal>. Acesso em: 28 abr. 2014.

6 GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. Coleção Ciências Criminais, Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 174.



nações: drogadição, dependência, vício ou toxicomania” (PACHECO FILHO, 1997/1998, p. 132). E, sendo assim, considera que “é preciso diferenciar os simples usos de estupefacientes de um imperativo de tratamento do organismo por um tóxico, quando este se torna o único meio de conservar, a cada dia, um corpo ao abrigo de uma dor intolerável” (KAUFMANN, 1996, p. 542).⁷

E é com base nesses direitos – da autodeterminação, liberdade, privacidade e intimidade – que têm surgido na sociedade questionamentos quanto à generalização, à conduta proibitiva do uso de drogas e, consequentemente, quanto à possibilidade de descriminalização.

Mas, deve-se demarcar que há divergência de opinião a respeito deste assunto, razão pela qual a criminalização ou não do uso de drogas tem ocupado a pauta do Legislativo nos últimos meses, marcados pelas propostas de mudança na legislação.

Os médicos dissidentes da opinião de descriminalização, em sua grande maioria, apontaram para um possível aumento do consumo em face da provável redução da percepção de risco – principalmente por parte dos adolescentes –, com isso o aumento dos danos à saúde⁸ e, consequentemente, impactos na saúde pública.

O último capítulo que se desenlaçou desta história, deu-se no final do mês de maio de 2014: houve uma audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, a fim de debater a descriminalização,⁹ e nitidamente se demarcou uma inclinação à alteração da legislação para que o uso de drogas seja definitivamente encarado mais como uma questão de exercício de liberdades individuais (já que o consumo não afetaria à sociedade), e menos como um assunto de saúde e segurança públicas.

Contudo, não se pretende neste artigo discutir ou mesmo tomar posição a respeito

⁷ EIRO, Cynara Teixeira. Que lugar para as drogas no sujeito? Que lugar para o sujeito nas drogas? Uma leitura psicanalítica do fenômeno do uso de drogas na contemporaneidade. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982009000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 maio 2014.

⁸ A médica Analice de Paula Gigliotti, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, em audiência Pública realizada no Senado Federal, apontou custos da descriminalização, sendo o aumento do consumo o maior deles. A médica afirmou não haver informações suficientes para embasar mudanças na legislação e sugeriu a realização de pesquisas que possam subsidiar as decisões. Observou, em analogia ao cigarro, que, em 1998, 35% dos brasileiros eram fumantes, e o índice caiu para 13% hoje, resultado das medidas restritivas adotadas, como a proibição de fumar em locais públicos, e de campanhas antitabagismo. (AGÊNCIA SENADO. Apoio à descriminalização do porte de droga para consumo pessoal prevalece em debate. *Portal de Notícias*, 20 maio 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/20/apoio-a-descriminalizacao-do-porte-de-droga-para-consumo-pessoal-prevalece-em-debate>>. Acesso em: 25 maio 2014.)

⁹ “Na presidência do debate, o senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE) detalhou mudança que apresentou ao artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminaliza o porte de droga. O parlamentar é relator do PLC 37/2013, que reformula a lei. O texto tramita na CCJ”. (*Ibidem*)

da descriminalização ou não, apenas aproveitar o ensejo para analisar um problema antigo, mas ainda persistente na legislação que trata do tráfico e do consumo entorpecentes, qual seja, a necessária distinção entre o traficante e o usuário.

2. Falha congênita na Lei nº 11.343/2006.

A Lei de Drogas, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), e que foi recentemente alterada pela Lei nº 12.961, de 4 de abril de 2014, traz grandes avanços no que diz respeito à uma política criminal de combate às drogas, mas possui, desde seu nascedouro, um grave problema quanto à distinção entre usuário e traficante.

Por um lado, houve grande avanço no sentido de uma política criminal de justiça terapêutica, mais humanitária que a da legislação anterior, já que a lei determina que não cabe em hipótese alguma a condenação do usuário à pena privativa de liberdade, embora a conduta de possuir ou portar droga para seu próprio uso continue sendo qualificada como crime.¹⁰

Este direcionamento, observado na Lei nº 11.343/2006, veio ao encontro da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas,¹¹

assinada em Viena, em 21 de fevereiro de 1971, aprovada pelo Decreto nº 79.388/1977 e, anteriormente pelo Decreto Legislativo nº 90/1972. O texto da convenção, em seus artigos 20 e 22, elucida:

Art. 20. (...)

1. As partes tomarão todas as medidas viáveis para impedir o abuso de substâncias psicotrópicas e para a pronta identificação, tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social das pessoas envolvidas, e deverão coordenar seus esforços para tais fins.

Art. 22. (...)

1. a) Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade. b) Não obstante a alínea precedente, quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 20.

Por outro lado, a referida lei deixou de trazer critérios objetivos, claros, determinados, quanto à relação entre a quantidade de droga apreendida e a sua devida tipificação – se para uso pessoal ou se destinada ao tráfico –, dando ensejo a uma grande margem de discricionariedade de seu intérprete, gerando insegurança jurídica.

10 “Parece-nos, como regra geral, medida salutar, pois o usuário habitual ou eventual da droga, por si mesmo, não representa à sociedade um real perigo, muito embora se possa dizer que ele, ao comprar e fazer uso de entorpecentes, estimula o tráfico, o que não deixa de ser verdadeiro”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 298.)

11 “A ‘Convenção Única sobre Entorpecentes’ (1961), o ‘Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas’ (1971) e a ‘Convenção de Viena’ (1988) formam a tríade de convenções entabuladas na ONU que sedimentam o paradigma proibicionista, repressivo e de intolerância à produção, ao comércio e ao consumo de entorpecentes”. (CAMPOS, Marcelo da Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra às drogas. *Boletim IBCCRIM* - Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordin%C3%A1rio-635.659:-pelo-fim-da-guerra-as-drogas)

[recurso-extraordin%C3%A1rio-635.659:-pelo-fim-da-guerra-as-drogas](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordin%C3%A1rio-635.659:-pelo-fim-da-guerra-as-drogas)>. Acesso em: 28 abril 2014.)

Denota-se, desta maneira, uma grande diferença entre a conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que caracteriza a conduta do usuário, e que é considerado um crime de ínfimo potencial ofensivo,¹² em contraposição à conduta prevista no artigo 33 da mesma lei, que descreve a atividade do traficante, e que é apenada com ainda maior rigor na Lei de 2006 do que na legislação anterior.

No núcleo do tipo do crime cometido pelo usuário (art. 28 da supracitada lei) constam as condutas de: “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” ou “trazer consigo” droga – para consumo pessoal. Difere este crime previsto no artigo 33, justamente em face da finalidade específica do agente, qual seja, o consumo próprio.¹³

Já na descrição do tipo do artigo 33, identifica-se como núcleo os verbos “importar”, “exportar”, “remeter”, “preparar”, “produzir”, “fabricar”, “adquirir”, “vender”, “expor à venda”, “oferecer”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo”, “guardar”, “prescrever”, “ministrar”, “entregar a consumo”, “fornecer”, do que se verifica que as condutas do traficante são em número bem mais extenso do que as previstas para o usuário, mas coincidentes em alguns casos.

É em razão desta coincidência de parte do núcleo destes dois tipos e, principalmente, da dificuldade em se constatar de forma objetiva se a droga encontrada com o sujeito é ou não para consumo próprio, que pode surgir, durante o inquérito policial, ou durante a ação judicial, problemas para a correta tipificação,

seja como traficante, seja como usuário.

A gravidade desta discussão reside exatamente no fato de, por falta de uma previsão legal expressa sobre a quantidade de substância entorpecente que caracterize uma ou outra conduta (sendo a tipificação realizada pelo reconhecimento policial ou judicial com o preenchimento de quesitos subjetivos), haver a possibilidade de enquadramento de um usuário como traficante, e mais grave – e costumeiramente – a busca da desclassificação desta infração penal por parte de muitos traficantes, tese utilizada reiteradamente como argumento de defesa.

O fato do crime de consumo de drogas ser considerado crime de ínfimo potencial ofensivo, faz com que, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais seja aplicada a pena privativa de liberdade. Esta situação invariavelmente gera desconforto, tanto porque instiga uma certa insegurança jurídica, quanto porque fomenta uma insegurança social.

No encalço de uma solução parcial, a Comissão Especial de Juristas que elabora o anteprojeto do novo Código Penal, em 28 de maio de 2012, aprovou a descriminalização do uso de drogas no país, fazendo constar do texto do Projeto de Lei do Senado – PLS nº 236/2012.

Pelo texto, salvo prova em contrário, seria presumido que se destina a uso pessoal uma quantidade de substância entorpecente encontrada com o usuário que represente consumo médio individual de cinco dias.¹⁴

O PLS nº 236/2012 segue tramitando do Senado Federal, sendo seu texto alvo de

12 “Denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art. 28 desta lei, tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada a pena privativa de liberdade. O máximo que se chega, havendo processo e, buscando-se uma condenação, é atingir as três penas principais (advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou frequência a curso ou programa educativo), com as medidas assecuratórias de cumprimento: admoestação e, se nada mais adiantar, multa”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 305.)

13 *Ibidem*, p. 303.

14 Adiante será explicado este critério de quantificação. (AGÊNCIA SENADO. Descriminalização de drogas até limite de consumo pessoal é aprovada por juristas. *Portal de Notícias*, 28 maio 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/28/descriminalizacao-de-drogas-ate-limite-de-consumo-pessoal-e-aprovada-por-juristas>>. Acesso em: 25 maio 2014.)

constantes debates não somente em relação à descriminalização, mas também à uma nova proposta que torne mais clara a distinção entre traficante e usuário.

Necessário não perder de vista que a preocupação com o tráfico e o uso de drogas no território nacional perpassa o âmbito jurídico, não se trata tão somente da infringência de um ditame legal, do cometimento de um crime, mas se deslinda também e, principalmente, em uma questão de cunho social, abarcando a segurança pública, a saúde pública, aspectos que interessam aos governos locais e nacional.

3. Conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006: norma penal em branco.

O tipo penal descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, porquanto dependa de um complemento a lhe dar sentido e condições de aplicação, no caso a determinação regulamentar, é considerado uma norma penal em branco.¹⁵

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas (...).

Sendo uma norma penal em branco, a lei antitóxicos depende da regulamentação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão governamental vinculado ao Ministério da Saúde, no que diz respeito à definição de quais são as substâncias entorpecentes proibidas.

A ANVISA regulamenta as substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial por meio da Portaria nº 344, de 12 de maio

de 1998,¹⁶ sendo esta portaria revisada paulatinamente: a última atualização foi dada pela Resolução da Diretoria Colegiada nº 39 da ANVISA, em 9 de julho de 2012.¹⁷

Embora esta regulamentação tangencie um problema importante, mas distinto da questão da quantificação, que aqui se discute, vale mencionar que a regulamentação do uso de substâncias psicotrópicas, ou de seus ativos para tratamento médico, tem sido levada a debate constantemente no âmbito do Legislativo e ainda é objeto de preocupação da sociedade civil e da mídia.

Também se verifica que o uso medicinal de substâncias psicoativas, ou seus derivados, esbarra na legislação brasileira, razão pela qual esta finalidade (além do uso recreativo) faz parte da pauta de alterações propostas para a legislação.

Há um movimento social significativo para que haja a liberação do uso medicinal de algumas substâncias, até então ilegais, como, por exemplo, os derivados da maconha que são utilizados com sucesso comprovado para tratamentos terapêuticos com escopo de minimizar os sintomas de determinadas doenças.

Entretanto, embora mudanças legislativas demorem a se operar, a sociedade tem sido atendida em seus anseios pelo Judiciário. E, assim, merece destaque decisão liminar, da Justiça Federal em Brasília, proferida no início do mês de abril de 2014, que abriu precedentes e inovou para determinar “que a ANVISA entregue à família de uma criança com epilepsia um medicamento a base de

15 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 304.

16 ANVISA. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

17 ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 39, de 09 de julho de 2012. Dispõe sobre a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/sngpc/Documentos2012/rdc39.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Canabidiol (CBD), derivado da maconha”.^{18,19}

4. *Novatio legis in melius* para o usuário: uma tendência.

As leis que antecederam a Lei nº 11.343/2006, e que foram por ela integralmente revogadas, davam cada uma tratamento distinto ao usuário e ao traficante de drogas, com critérios diferentes dos que existem na legislação em vigor.

A Lei nº 6.368/1976 apenava com detenção, de seis meses a dois anos, e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa o usuário de drogas.

Já a Lei nº 11.343/2006 prevê para o usuário a pena de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e, ainda, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Observa-se, desta maneira, que a manutenção da criminalização do usuário, prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, tem o intuito de coibir o uso de drogas, atentar e reinserir socialmente usuários e dependentes, conforme se deduz da leitura do preâmbulo e do artigo 1º desta lei.²⁰

18 “Com o uso do medicamento, indicado por um médico, a menina, de quatro anos, deixou de sofrer até 80 crises convulsivas por semana. Com indicação médica, a família da menina vinha comprando o remédio – que não tem registro no Brasil – pela internet, de forma clandestina, em importações individuais. Na compra mais recente, a ANVISA reteve o produto e cobrou explicações da família, que entrou com pedido de liberação na Justiça [...] É o primeiro caso do Brasil (com a substância) e abre um precedente muito importante. Tenho convicção de que pode servir de referencia para outros tratamentos”. (PIERRY, Flávia. Decisão na Justiça obriga Anvisa a liberar tratamento com derivado da maconha. *O Globo*, 03 abr. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/decisao-na-justica-obriga-anvisa-liberar-tratamento-com-derivado-da-maconha-12084313#ixzz349bxAQI5>>. Acesso em: 05 maio 2014.)

19 JF/DF. 3ª Vara Federal. Processo nº 24632-22.2014.4.01.3400. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anvisa-maconha.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

20 “Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas;

Vê-se que, em razão do atendimento à Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas supramencionada, a tendência tem sido um abrandamento do apenamento do usuário, tendo sido ele considerado, a cada dia mais, como um indivíduo que merece tratamento e cuidado por parte da sociedade, do que um criminoso, transformando-se o consumo de drogas menos numa questão de segurança pública, e mais de saúde pública.

Evidencia-se, assim, a opção do legislador, a partir da Lei nº 11.343/2006, por uma política criminal de justiça terapêutica em relação ao dependente e usuário de drogas, sendo esta a maior inovação trazida pela lei, já que nas leis anteriores a conduta do usuário era altamente criminalizada.

Houve, portanto, em relação ao usuário, uma *novatio legis in melius*: foram extintas as penas de detenção (de 6 meses a 2 anos) e de pagamento de dias-multa (de 20 a 50), previstas no artigo 16 da Lei nº 6.368/1976, em prol de um tratamento mais humanitário, em que as penas cominadas visam essencialmente conscientizar o usuário sobre os efeitos negativos das drogas e, ainda, fazê-lo participar de medidas educativas e de prestação de serviços à comunidade (art. 28, I, II e III, da Lei nº 11.343/2006).

E, outrossim, é nesta direção que caminha o PLS nº 236/2012, pois a redação do novo texto legal prevê a exclusão do crime nos casos em que o agente adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal, bem como quando este semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo próprio (art. 212).²¹

Mas a novidade mais significativa para

define crimes e dá outras providências”. (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.)

21 SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 236 de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 03 maio 2014.

o debate aqui proposto diz respeito à quantificação para a caracterização como consumo pessoal, que será abordada adiante.

5. A tipificação do porte de drogas para uso pessoal: quantificar resolve?

Em regra, no Brasil, sempre se adotou como critério para tipificação o *sistema do reconhecimento judicial ou policial*,²² em que cabe ao juiz, quando do julgamento da causa, ou à autoridade policial, no ato da apreensão da substância entorpecente, analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico.

O parágrafo segundo do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 estabelece tão somente que:

Art. 28. (...)

§ 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Por meio da leitura do dispositivo legal, verifica-se a grande discricionariedade dada ao intérprete e aplicador da lei – no caso em questão a autoridade policial e o juiz de direito – em razão da multiplicidade de fatores que cabe a ele auferir na hora da tipificação (natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições do fato, circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do réu).

Há de se considerar que, embora o *sistema do reconhecimento judicial ou policial* seja o sistema utilizado no Brasil, não é o único sistema legal possível de ser adotado: parte da doutrina penalista brasileira²³ – à qual



nos filiamos – defende o sistema da quantificação legal, sistema em que se definiria um *quantum* diário para o consumo próprio, excluindo-se o apenamento como tráfico caso este limite – claro, objetivo e definido – não tiver sido ultrapassado.

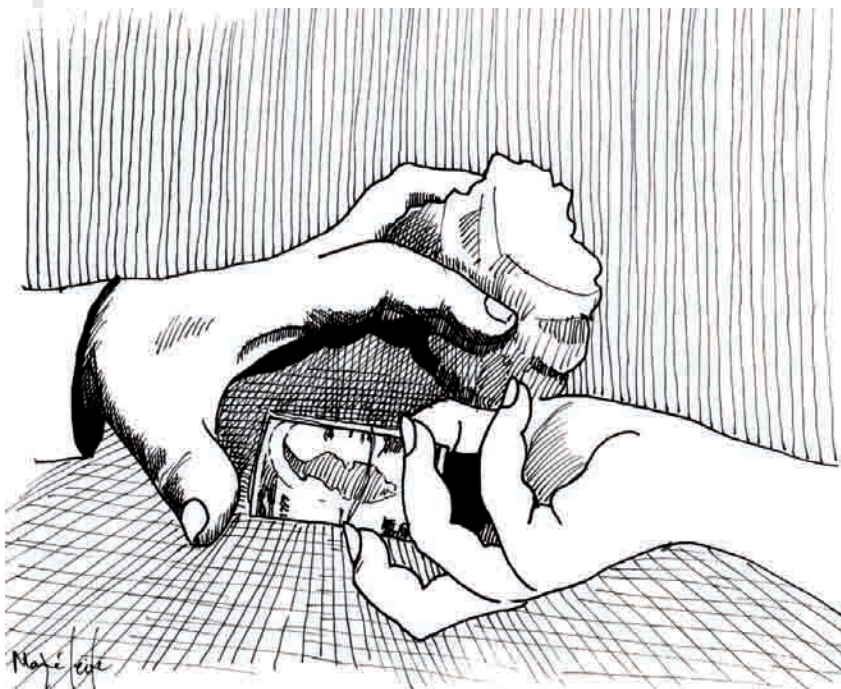
No esteio desse entendimento é que se situa a corrente que sustenta a descriminalização das drogas até o limite de consumo pessoal, que traz importante perspectiva, porquanto defende a necessidade da quantificação. É, inclusive, a proposta trazida pelo PLS nº 236/2012 – voltada para a descriminalização do uso de drogas.

Pois, então, se para descriminalizar é necessário quantificar, com maior razão não seria necessário quantificar para apenar?

Nesse sentido, o PLS nº 236/2012 manteve um parágrafo com redação bastante semelhante ao previsto no artigo 28 da lei vigente (excluindo a conduta e os antecedentes do agente apenas), mas somou a este um parágrafo em que dá maiores diretrizes para a configuração do consumo pessoal, vejamos:

22 GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131.

23 Dentre os quais Luiz Flávio Gomes.



Art. 212. (...)

§ 3º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação bem como as circunstâncias sociais e pessoais do agente.

§ 4º. Salvo prova em contrário, *presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias*, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.

Como mencionado em nota acima, o critério adotado para o uso pessoal – cinco dias – não é inovador, segue a regra da legislação de Portugal, que descriminalizou o porte de substância entorpecente que configure limite para 10 (dez) dias de consumo. A Relatora do tema na audiência pública ocorrida em maio de 2014, defensora pública Juliana Garcia Belloque, sugeriu que fosse adotado o mesmo critério adotado em Portugal, de dez dias de consumo, porém, a comissão optou por reduzir a quantidade para limite de consumo para

cinco dias.²⁴

A ideia primeira seria a de objetivar o quanto possível este critério para que haja menos chance de desqualificação do tipo na ação penal, atribuindo ao traficante a qualidade de usuário e esvaziando, assim, a possibilidade de sua condenação. Contudo, como de regra, o legislador brasileiro, deixou ainda em aberto a definição da quantidade, conforme o tipo da droga, por parte da autoridade administrativa de saúde, isto é, a ANVISA, que é o órgão competente para determinar quais são as substâncias tidas como

ilegais ou não.

Buscando compreender e objetivamente comparar as alterações ocorridas na legislação que trata do usuário de drogas, apresentamos quadro comparativo da legislação anterior, presente e da que está em tramitação no Congresso Nacional:

24 AGÊNCIA SENADO. Descriminalização de drogas até limite de consumo pessoal é aprovada por juristas. *Portal de Notícias*, 28 maio 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/28/descriminalizacao-de-drogas-ate-limite-de-consumo-pessoal-e-aprovada-por-juristas>>. Acesso em: 25 maio 2014.

Quadro comparativo entre legislação de drogas.

Tipificação Usuário			
	Lei nº 6.368/1976 (revogada)	Lei nº 11.343/2006 (em vigor)	PLS nº 236/2012 (tramitando)
Tipificação	Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:	Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...) § 1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.	Art. 212 (...) Exclusão do Crime § 2º. Não há crime se o agente: I - adquire, guarda, tem depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal; II - semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal
Penas	Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.	I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.	Não Há.
Distinção usuário x traficante	Não Há	§ 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.	§ 3º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação bem como as circunstâncias sociais e pessoais do agente. § 4º Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.

Fonte: elaborado pela autora.

6. Considerações finais.

Na atualidade, e em quase todo o mundo, está em debate “qual seria o modelo adequado para uma política de drogas justa, humana e eficiente”;²⁵ um dos questionamentos recorrentes é se esta política deve ser criminal, ou deve se restringir unicamente a uma política sanitária e, conseqüentemente, social.

Em uma reflexão a este respeito pode-se asseverar que o Direito Penal, no que tange ao tratamento do uso e tráfico das drogas,

(...) passou a influenciar decisivamente a intervenção punitiva: elevação das penas, sobrecarga do sistema de justiça criminal, métodos invasivos de investigação (delação premiada, infiltração de agentes, observação policial), antecipação prospectiva da punibilidade (compreensão abrangente de todas as possibilidades imaginárias de conduta de modo a alcançar todo e qualquer “impulso para a ação”), cooperação internacional, repressão à criminalidade organizada e ao lucro obtido com o delito por meio da incriminação da lavagem de dinheiro, enfim, “é dele que promanam o enrijecimento, a desformalização e a erosão dos princípios” do “moderno Direito Penal”, orientado para a intervenção.²⁶

Se deve haver menor ou maior intervenção por parte do Estado, se a política deve ser mais social e sanitária do que criminal, enfim, são muitas as discussões que proliferam e, pelo caminhar do debate, parece que estamos longe de tê-las respondidas.

Relevante é que, enquanto esteja em vigor a Lei nº 11.343/2006, e não haja a descriminalização total e completa do usuário de entorpecentes, seja adotado – de forma urgente – um critério objetivo de diferenciação entre o traficante e o usuário, como já se demonstrou viável no PLS nº 236/2012, por meio do critério da quantificação da substância entorpecente apreendida. Não é a solução final, nem ideal que se vislumbra, mas já haveria um avanço se tal critério fosse adotado, porquanto se para descriminalizar é necessário quantificar, com maior razão seria necessário também quantificar para apenar.

Dando resposta positiva a esta questão, no entanto, não é possível se dar por satisfeito, pois muito ainda há que se fazer no tratamento do tráfico e uso de drogas no Direito brasileiro.

25 EDITORIAL. *Boletim IBCCRIM* - Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/280-Ed.-Especial-Drogas>. Acesso em: 28 abr. 2014.

26 *Ibidem*.

7. Referências.

AGÊNCIA SENADO. Apoio à descriminalização do porte de droga para consumo pessoal prevalece em debate. *Portal de Notícias*, 20 maio 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/20/apoio-a-descriminalizacao-do-porte-de-droga-para-consumo-pessoal-prevalece-em-debate>>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. Descriminalização de drogas até limite de consumo pessoal é aprovada por juristas. *Portal de Notícias*, 28 maio 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/28/descriminalizacao-de-drogas-ate-limite-de-consumo-pessoal-e-aprovada-por-juristas>>. Acesso em: 25 maio 2014.

ANVISA. Lista de substâncias de uso proscrito no Brasil. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/49d5ae804fb7cf5cae51ff9a71dcc661/Lista+de+subst%C3%A2ncias+proscritas+-+Port+344-98.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra às drogas. *Boletim IBCCRIM* – Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordin%C3%A1rio-635.659:-pelo-fim-da-guerra-as-drogas>. Acesso em: 28 abril 2014.

EDITORIAL. *Boletim IBCCRIM* - Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/280-Ed.-Especial-Drogas>. Acesso em: 28 abr. 2014.

EIRO, Cynara Teixeira. Que lugar para as drogas no sujeito? Que lugar para o sujeito nas drogas? Uma leitura psicanalítica do fenômeno do uso de drogas na contemporaneidade. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982009000200012&lng=p&t&nrm=iso>. Acesso em: 31 maio 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. Coleção Ciências Criminais, Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Tráfico ou usuário de droga: depende do caso concreto*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2499711/artigos-do-prof-lfg-traffic-ou-usuario-de-droga-depende-do-caso-concreto>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

HASSEMER, Winfried. *Descriminalização dos crimes de drogas*. Direito penal. Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

JF/DF. 3ª Vara Federal. Processo nº 24632-22.2014.4.01.3400. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anvisa-maconha.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim IBCCRIM* – Edição Especial Drogas, ano 20, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal:-a-ilegitimidade-da-interven%C3%A7%C3%A3o-penal>. Acesso em: 28 abr. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIERRY, Flávia. Decisão na Justiça obriga Anvisa a liberar tratamento com derivado da maconha. *O Globo*, 03 abr. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/decisao-na-justica-obriga-anvisa-liberar-tratamento-com-derivado-da-maconha-12084313#ixzz349bxAQI5>>. Acesso em: 05 maio 2014.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 236 de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 03 maio 2014.

VEJA como é a legislação relativa a maconha em outros países. *G1*, São Paulo, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/veja-como-e-legislacao-relativa-maconha-em-outros-paises.html>>. Acesso em: 15 abr. 2014.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0001336-77.2001.4.03.6113
(2001.61.13.001336-0)

Apelantes: LAVINIO NILTON CAMARIM, UNIÃO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelado: MUNICÍPIO DE FRANCA - SP

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: AC 1269163

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2014

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LABORATORIAIS. MAJORAÇÃO DA TABELA DO SUS.

O ponto controvertido da ação prende-se a fato perpetrado pelo réu que, quando exercia o cargo de Secretário Municipal de Saúde, teria favorecido o corpo clínico da Santa Casa de Franca mediante a suplementação da tabela SUS, a par de ter dispensado a exigência de licitação para a prestação de serviços de laboratórios de análises por empresas particulares.

Afastada a preliminar de impropriedade da via eleita porquanto o réu se submete à regra da Lei nº 8.429/92.

Para que se caracterize improbidade administrativa necessário se faz perquirir se a conduta do agente público se insere em uma das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92; mais ainda, é de máxima importância indagar-se da intenção do agente ao praticar o ato inquinado de lesivo, para que se identifique na conduta dolo ou culpa e a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.

A Lei nº 8.080/90 prevê a possibilidade de ocorrer a participação complementar da iniciativa privada na cobertura assistencial à população, mediante contrato ou convênio, dispondo ainda o regramento legal no art. 25 que “as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos” terão preferência para participar do SUS. Assim, em relação à SANTA CASA DE MISERICÓRDIA não havia efetivamente necessidade de realização de licitação, bastando o convênio para a prestação de serviços.

Ademais, consta dos autos, cópia de um TAC no qual o próprio Ministério Público assegura taxativamente que a SANTA CASA se compromete a realizar todos os exames laboratoriais de alto custo para a rede SUS, DIR XIII, bem como todos aqueles de baixo custo que acompanharem a mesma guia ou lote de exames, relativos ao mesmo paciente, até o limite de 40% de todos os exames laboratoriais de baixo custo a serem realizado mensalmente, na DIR XIII.

O mesmo documento determina que a SANTA CASA não poderá recusar a realização de nenhum exame laboratorial de alto custo e que, não dispondo de estrutura para atender a todos os exames de baixo custo, a que teria preferência por força de sua atividade filantrópica, os laboratórios da cidade de Franca se comprometem então, nesse mesmo TAC a realizar até 60% dos exames laboratoriais de baixo custo, para

a rede SUS do Município. Vale dizer, a conduta do réu encontrava-se respaldada pelo TAC firmado entre a SANTA CASA e todos os laboratórios do Município de Franca, com a participação do próprio órgão ministerial.

Quanto à alteração da tabela de procedimentos, havia autorização expressa do SUS para que fossem procedidos os ajustes em relação aos Municípios, ou mesmo Estados, pois o país tem dimensões continentais e as realidades de cada pessoa política de direito interno local é absolutamente diversa.

Não agiu o réu leviana ou ilegalmente, ou mesmo com dolo intencional de desviar, em proveito próprio, recursos públicos. O próprio magistrado singular reconheceu que não houve qualquer prejuízo ao erário e tampouco enriquecimento ilícito do réu, o que é comprovado pelos inúmeros documentos de ordem pessoal acostados aos autos suplementares.

Apelação do réu a que se dá provimento.

Apelações do Ministério Público Federal e da União Federal improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do réu e negar provimento às apelações do Ministério Público Federal e da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de apelações interpostas por LAVINIO NILTON CAMARIM (*fls. 437*), UNIÃO FEDERAL (*fls. 477*) e MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (*fls. 491*) em face de sentença proferida em autos de Ação Civil Pública por improbidade administrativa promovida pelo Ministério Público Federal, objetivando o reconhecimento da ocorrência de atos de improbidade administrativa praticados pelo recorrente, bem como o ressarcimento integral do dano, a suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos fiscais, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 10 anos.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido condenando o apelante à suspensão dos direitos políticos ativos e passivos, por 4 (quatro) anos, a partir do trânsito em julgado da sentença; ao pagamento de multa civil, estabelecida em valor correspondente à toda remuneração percebida pelo recorrente na condição de Secretário Municipal de Saúde; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou créditos diretos ou indiretos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de 3 (três) anos.

Contrarrazões de apelação do MUNICIPIO DE FRANCA (*fls. 516*), de LAVINIO NILTON CAMARIN (*fls. 522*) e da UNIÃO FEDERAL (*fls. 569*).

Na apelação oferecida às fls. 437, aduz o réu que há impropriedade na via eleita; alega desnecessidade de licitação para contratação com a Santa Casa, eis que havia convênio estabelecido com o Estado de São Paulo, e que, em sendo o Município subrogado no convênio, não seria possível a licitação; quanto à contratação de laboratórios, por ter sido utilizado o valor mínimo previsto no NOB 01/96 (tabela SUS), sendo portanto dispensável a licitação. Afirma ainda que o recorrente não obteve qualquer benefício com a suplementação da tabela do SUS, o que levou aos pobres do Município a realização de procedimentos cirúrgicos eletivos, sendo que anteriormente a tais providências os pobres somente eram atendidos em casos de urgência ou emergência; afirma que deixar um paciente chegar a situação de urgência ou emergência é antieconômico, pois impõe gastos com medicamentos, acompanhamento posterior, risco de morte, e sequelas advinda de cirurgia nessas condições. Finalmente insurge-se em relação à dosimetria da pena imposta ao recorrente, fixada, segundo alega, sem nenhum critério demonstrado, posto que a própria sentença reconhece que não ocorreu dano ao erário e tampouco houve o enriquecimento ilícito do apelante, não podendo pois ele ser condenado da forma como fixada em sentença, de forma absolutamente desproporcional.

Apelação da União Federal às fls. 477, na qual alega a recorrente que o réu quando na Secretaria Municipal foi o autor da iniciativa que majorou a tabela do SUS, e que ele foi o destinatário do benefício ferindo os princípios da impessoalidade e da moralidade. Invoca o art. 33 da Lei nº 8.088/90; alega que a Ata de reunião extraordinária realizada pelo Conselho Municipal de Saúde de Franca, houve empenho e pressão sobre os conselheiros para que ocorresse o referendo da majoração da Tabela do SUS. Afirma ainda que o réu incidiu no art. 9º *caput* e incisos I e VIII da Lei nº 8.429/92, incorrendo nas penas do art. 12, I da mesma lei. Aduz ainda que ao dispensar indevidamente a licitação dos serviços médicos e laboratoriais incidiu na conduta descrita no art. 10 e inciso VIII da mesma norma, e ainda nas penas previstas no inciso II do art. 12, pede a reversão do julgado no sentido de total procedência da ação.

Apelação do Ministério Público Federal, às fls. 491, repisando os argumentos da inicial no sentido de que o réu ao majorar a tabela do SUS sem qualquer ato administrativo, incorreu em ilegalidade ferindo os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa; que o aumento do número de cirurgias se deve ao fato de que antes de 1997 o SUS não as custeava. Invoca a ilegalidade na contratação de Laboratórios de Análises Clínicas sem licitação, em desacordo com as Leis nº 8.666/93 e 8.080/90 e Portaria nº 1.286/93 do Ministério da Saúde. Afirma ser imperioso que o réu repasse os danos causados ao erário remetendo aos cofres públicos todas as vantagens e proveitos que auferiu, no período em decorrência da majoração da tabela para o pagamento de honorários médicos.

Contrarrrazões de apelação do Município de Franca às fls. 516, pedindo a manutenção da sentença e o improvimento do recurso do réu.

Contrarrrazões de apelação do réu, às fls. 523 e fls. 542, pedindo seja negado provimento aos recursos do Ministério Público Federal e União Federal.

Contrarrrazões de apelação da União Federal às fls. 569, pedindo o improvimento do recurso do autor e a manutenção da sentença proferida.

Prequestionou as regras da Lei nº 8.429/92 (art. 9º, *caput* e incisos I e VIII; art. 10, incisos VIII e IX, art. 12, inciso II), da Lei nº 8.080/90 (art. 33) e Lei nº 8.666/93 (art. 26). Prequestionou ainda o *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

É o relatório.

À douda revisão.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Passo à análise das preliminares deduzidas nas razões de apelação ofertadas pelo réu.

Não procede a alegação de impropriedade da via eleita.

O precedente invocado pelo recorrente é explícito para o Ministro de Estado pela simples razão que nada obstante seja agente político, algumas condutas previstas na Lei de Improbidade submetem-se às regras penais previstas na Lei nº 1079/50, que alberga única e exclusivamente o Presidente da República, os Ministros de Estado, Ministros do STF e Procurador Geral da República.

Na área municipal a exceção alberga única e exclusivamente os Prefeitos e Vereadores dentro do regramento penal imposto para a verificação de responsabilidade pelo Decreto-lei nº 201/67.

Os demais agentes públicos encontram-se submetidos à regra da Lei nº 8.429/92, que dispõe no art. 1º, *caput*:

Art. 1º - Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Nesse sentido se posiciona o E. STJ, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGENCIA DA EXPRESSÃO “AGENTES PÚBLICOS”. HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º da Lei nº 8429/92: “a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a *noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público, contido no Código Penal (art. 327)*”.

Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

Imperiosos ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato ímprobo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07, do STJ.

Recursos providos, apenas para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, a caso comprovadas as transgressões na instância local.

(REsp 416.329/RS, rel. Min. Luiz Fux)

Afasta-se portanto a preliminar invocada nas razões de apelação pelo réu, por serem legalmente inapropriadas.

As preliminares de desnecessidade de licitação para a contratação da Santa Casa de Misericórdia de Franca e dos Laboratórios se imbricam com o mérito e serão com ele analisados.

O ponto controvertido da ação, que ora se fixa, prende-se a fato perpetrado pelo réu e ora apelante LAVINIO NILTON CAMARIN que quando exercia o cargo de Secretario Municipal de Saúde do Município de Franca, teria favorecido o corpo clínico da Santa Casa de Franca mediante a suplementação da tabela SUS, a par de ter dispensado a exigência de licitação para a prestação de serviços de laboratório de análises por empresas particulares. Segundo a inicial o ré teria se beneficiado diretamente do cargo que ocupava junto à Administração, a par de ter beneficiado a terceiros, auferindo em decorrência de tal conduta vantagem patrimonial.

Este o ponto nodal da discussão nestes autos.

A Lei de Improbidade busca em seu núcleo central identificar os casos de enriquecimento ilícito, o enriquecimento sem causa e sancionar a conduta dos agentes públicos. Vincula-se a improbidade administrativa à conduta ilícita do administrador publico, conduta essa que alcança a moralidade administrativa.

Tanto que o art. 4º da Lei nº 8.429/92, abrange em seu inteiro teor a referencia principiologia constitucional inserta no art. 37, *caput*, da CF, pela qual há de caminhar a Administração Pública quando da manifestação de vontade de seus agentes; legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Portanto todos os agentes públicos estão obrigados por disposição constitucional e infraconstitucional a se conduzirem segundo esses princípios de ordem tal que o Estado e seus interesses primários sejam atendidos pelo administrador, com a adequada valoração dos interesses da coletividade administrada.

Os atos previstos legalmente como passíveis de submissão à Lei de Improbidade são enriquecimento ilícito, lesão ao erário por ação ou omissão dolosa ou culposa; ato atentatório aos princípios da administração pública, violando deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade à instituição.

Portanto, para que se tenha improbidade administrativa é necessário perquirir se o agente público insere-se quanto à sua conduta em uma das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 ou 11 fa Lei nº 8.429/9; mais ainda, é de máxima importância indagar-se da intenção do agente ao praticar o ato inquinado de lesivo, para que se identifique na conduta dolo ou culpa e a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.

Tenho que merece reforma a r. sentença proferida.

Deveras, analiso inicialmente as atividades desenvolvidas pelo Município em relação às ações e serviços de saúde dispostas na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Dispõe o art. 4º, *caput*:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde - SUS.

O art. 9º dessa mesma lei, triparte a organização do SUS e sua direção pelas esferas, federal, estaduais e municipais, cabendo em nível local à Secretaria de Saúde do Município ou órgão equivalente a direção do sistema.

A lei prevê, como não poderia deixar de fazê-lo, a possibilidade de ocorrer a participação complementar da iniciativa privada, mediante contrato ou convênio, dispondo ainda o regramento legal no art. 25 que “as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos” terão preferência para participar do SUS.

Portanto, em relação à Santa Casa de Misericórdia não havia efetivamente necessidade de realização de licitação, bastando o convênio para a prestação de serviços.

Por incrível que pareça é verdadeira a afirmação do réu no sentido de que houve a realização de um TAC (inserto por cópia às fls. 78), no qual o mesmo autor da ação Ministério Público do Estado de São Paulo, representado pelo mesmo signatário da inicial da ação civil pública, assegura taxativamente que a SANTA CASA se compromete a realizar todos os exames laboratoriais de alto custo para a rede SUS, DIR XIII, bem como todos aqueles de baixo custo que acompanhar a mesma guia ou lote de exames, relativos ao mesmo paciente, até o limite de 40% de todos os exames laboratoriais de baixo custo a serem realizados mensalmente, na DIR XIII.

O mesmo documento, determina que a SANTA CASA não poderá recusar a realização de nenhum exame laboratorial de alto custo e que, considerando não dispor de estrutura para atender a todos os exames de baixo custo, *a que teria preferência por força de sua atividade filantrópica*, os laboratórios da cidade de Franca se comprometem então, nesse mesmo TAC a realizar até 60% dos exames laboratoriais de baixo custo, para a rede SUS do Município

Cópia do convênio firmado entre o Município de Franca e a Santa Casa encontra-se com os respectivos aditivos às fls. 1446 do volume 7 dos autos em apartado.

Inúmeros convênios de prestação de serviços na área da saúde encontram-se juntados na sequência, valendo citar com a Unifran - Universidade de Franca, para a prestação de serviços odontológicos, com a APAE para a prestação de serviços ambulatoriais para usuários que apresentem deficiências congênita, com a FUNDHERP - Fundação Hemocentro de Ribeirão Preto e outros.

Quanto à ausência de licitação para a contratação de laboratórios de análises clínicas equivocou-se o autor da ação, para dizer o mínimo.

Como é possível que o próprio órgão ministerial participe de um TAC para o ajustamento de conduta entre a SANTA CASA e *todos os laboratórios* do Município de Franca; que junte aos autos com sua inicial o doc. de fls. 84, no qual encaminha Relatório para Análise de Compromisso de Ajustamento, onde afirma textualmente, *o mesmo subscritor da inicial*:

Instaurou-se o presente procedimento preparatório de inquérito civil, *para apurar as circunstancias em que estaria sendo desrespeitada a preferencia legal que detem a Fundação Civil Santa Casa de Misericórdia de Franca, Santa Casa*, para a realização de exames laboratoriais para a rede pública de saúde, gerida pela Secretaria Municipal de Saúde de Franca, que teria contratado laboratórios particulares para a realização de parte dos exames em tela, conforme doc.....

Realizada reunião com os interessados, constatou-se que a Fundação tem sim a preferência legal, por ser entidade filantrópica, mas ela admitiu não dispor de estrutura necessária à realização de todos os exames demandados pela rede pública de saúde.

O mais vem disposto no próprio documento, do que se pode depreender que a conduta do réu veio devidamente respaldada pelo autor da ação.

O que mudou?

Nada. Talvez divergências políticas entre o então Secretario de Saúde de Franca e a leitura apressada ou descompromissada de seus acusadores, eis que a farta documentação encartada em 3(três) volumes dos autos principais e mais 7(sete) em autos apartados, dão bem a medida e a transparência com que se houve o apelante réu na condução dos destinos de saúde do Município de Franca.

É que efetivamente o preço fixado para tais serviços era o da tabela do SUS, e essa inexigibilidade baseou-se não apenas em parecer que o amparou, conforme se verifica do doc. juntado às fls. 1.389 do vol. 6 dos autos em apartado, mas ainda, por decisão do TCU que é expresso no sentido de que o “tabelamento prévio de preços, com impossibilidade de modificação por parte dos interessados, torna inexigível a licitação por inviabilidade de competição”.

Assim sendo, o réu credenciou vários laboratórios para atender à população do Município, eis que a Santa Casa não tinha condições de realizá-lo.

Enfrento neste oportunidade a questão trazida com a inicial da alteração da tabela do SUS. E nesse aspecto, mais uma vez entendo que a ação é improcedente.

Deveras, não seria exigível do réu conduta diversa da que assumiu, quando baseado em diversas reuniões realizadas, segundo consta da informação dos autos, na Secretaria da Saúde, na Santa Casa de Franca, no Sindicato dos Médicos, sempre com representantes do Corpo Clínico da Santa Casa que pleiteavam majorações próximas da tabela da AMB. Essa suplementação que foi aprovada inclusive pelo Prefeito, foi levada ao Conselho Municipal de Saúde.

O Conselho Municipal de Saúde firmou-se na regra NOB-SUS-01/96 (Norma Operacional Básica do SUS) 15.2.3, alínea “b”. Nesse sentido o item 15 da NOB-SUS, trata das Condições de Gestão do Município.

Essa regra supra assinalada vem assim expressa:

15.2.3. Prerrogativas.

.....*omissis*.....

Normalização complementar relativa ao pagamento de prestadores de serviços assistenciais em seu território, inclusive quanto à alteração de valores de procedimentos, tendo *a tabela nacional como referencia mínima, desde que aprovada pela CMS e pela CIB. (cf. fls. 228, vol 1 dos autos em apartado - grifos nossos).*

Caem por terra todas as alegações do Ministério Público Federal, União e ainda do Município de Franca, pois o réu, ora apelante, não praticou qualquer conduta lesiva a interesses do Município ou mesmo da União Federal.

Aliás, atestou a União Federal, através do Departamento de Controle, Avaliação e Auditoria do Ministério da Saúde, através do documento de fls. 75 dos autos em apartado, vol 1, que a “saúde é prioridade na administração municipal e que a Gestão da Saúde do Município de Franca - SP funciona na grande maioria de seus aspectos de forma boa, sendo algumas ações desenvolvidas dentro de ótimos padrões”.

O fato de até a presente data estar a Santa Casa de Misericórdia de Franca a receber a suplementação desde 1998, até a data de março de 2000, é a razão de ter sido dado atendimento ao grande contingente de necessitados, para as chamadas cirurgias eletivas.

A argumentação trazida pelo Ministério Público e ainda pela União Federal no sentido de que as filas não diminuíram é de ser absolutamente desconsiderada pois firmadas em substrato algum que as sustentem.

Ora, se os documentos tivessem sido lidos com atenção teriam as partes a ciência de que

havia cirurgias eletivas e de urgência aguardando.

Não tem nada a haver com filas. Estas sempre vão existir e conforme se atende às demandas outras surgem inclusive das comunidades à volta desse Município.

Assegurar aos cidadãos o melhor atendimento e mais rápido possível, para situações extremas, estão a quilômetros de distância de improbidade, por mais simpática que seja a tese aos olhos dos detratores da honra alheia de plantão!

Improcede ainda o argumento de que os valores do SUS eram acima do mercado. Comprova-o a tabela comparativa juntada pelo réu às fls. 125, onde se verifica que mesmo com a suplementação os valores eram irrisórios perto da chamada tabela da AMB. E ainda que fosse, havia autorização expressa do SUS para que fossem procedidos os ajustes em relação aos Municípios, ou mesmo Estados, pois o país tem dimensões continentais e as realidades de cada pessoa política de direito interno local é absolutamente diversa.

Portanto deixo expressamente consignado que não agiu o réu leviana ou ilegalmente ou mesmo com dolo intencional de desviar em proveito próprio recursos públicos.

Vale assinalar que da mesma forma não se justifica a colocação vertida na inicial por estar o réu exercendo o cargo de Secretário Municipal de Saúde e prestar serviços na Santa Casa. É que ele não se encontrava abrangido pela vedação insculpida no § 4º do art. 26, da Lei do SUS, posto não ser proprietário, administrador ou dirigente daquele nosocômio.

O Superior Tribunal de Justiça vem invocando cada vez mais, e de forma insistente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para a análise da legalidade das condutas nesse tipo de ação.

No caso dos autos até mesmo o MM Juízo reconheceu que não houve qualquer prejuízo ao erário e tampouco enriquecimento ilícito do réu, o que é comprovado pelos inúmeros documentos de ordem pessoal acostados aos autos suplementares.

Quanto às alegações trazidas na inicial às fls. 09, deixo de tecer considerações pois além de subjetivas e desastrosas estão totalmente dissociadas do contexto da ata de reunião da qual participaram os membros do Conselho Municipal de Saúde.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pelo autor da ação e pelo réu desdizem as colocações da inicial, havendo até mesmo documento juntado pelos membros do Conselho Municipal de Saúde, como se dê às fls. 1072 dos autos apartados, do qual reproduzo o seguinte trecho declarado por Antonio Sérgio Ferro, que sucedeu o réu na condução da Secretaria Municipal de Saúde de Franca:

... que em meu depoimento prestado junto ao Ministério Público Federal no dia 14 de setembro de 2000 *não* fiz referencia em momento algum que a majoração da tabela do SUS feita pela Secretaria Municipal de Saúde tenha sido responsável por aumentar a fila de espera das cirurgias eletivas, mas sim que “há dificuldades de realização em algumas especialidades, tendo em vista problemas com os médicos e com aparelhos que estão na Santa Casa”... Declaro ainda, que através dos dados fornecidos pela própria Secretaria de Saúde, há comprovação de houve um grande avanço e aumento na realização das cirurgias eletivas ao ano de 1997 (ano em que houve a suplementação) em relação ao ano de 1996; aumento esse que perdura até os dias de hoje (a data da declaração é 28.5.2001).

No mesmo sentido, ao inverso do que foi disposto na inicial da ação (fls. 11), a funcionária se pronunciou contrariamente ao que foi colocado na inicial, conforme declaração de fls. 1073 dos autos em apartado.

Em suma, não houve por parte do réu qualquer ato de improbidade. Não houve qualquer ilicitude por ele praticada que pudesse mitigar ou mesmo amesquinhar os princípios que regem a administração pública. Não houve o cometimento de conduta com a vontade de realizar resultado ímprobo, ou mesmo culpa mesmo que levíssima. Apenas *ad argumentandum*, não se coaduna com o próprio objetivo da ação que os partícipes da mesma situação versada na inicial sejam deixados *a latere* do procedimento.

Porém, considerando a total improcedência da presente ação, que mais se aparenta com uma aventura jurídica, sem a análise aprofundada das provas e da legislação, dou provimento ao recurso do Réu, negando provimento aos recursos do Ministério Público Federal e da União Federal, para julgar improcedente a presente ação.

Condeno a União Federal na honorária, que fixo em 10% sobre o valor dado à causa devidamente corrigido. Vencido na ação civil pública, o Ministério Público Federal não está sujeito ao pagamento de honorários.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0004077-17.2001.4.03.6105

(2001.61.05.004077-1)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL E FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelado: ANDRÉ LUIS DA ROCHA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: ApelReex 1312964

Disponibilidade do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/07/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DE OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CF. HEMOFÍLICO INFECTADO POR VÍRUS CAUSADOR DA HEPATITE “C” E POR HIV. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES ESTATAIS. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO POR PARTE DOS ENTES ESTATAIS. FATO LESIVO, DANOS MORAL E MATERIAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. VALOR DAS INDENIZAÇÕES. CONJECTÁRIOS LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O autor fundamenta a responsabilidade da União e do Estado de São Paulo no artigo 7º da Lei nº 7.649/88 e sua regulamentação (Decreto nº 95.721/88, artigo 15), artigo 200, inciso I, da Constituição Federal, artigo 16, incisos XII e XVI, da Lei nº 8.080/90, artigo 1º da Lei Estadual nº 5.190/86, artigo 4º da Lei nº 4.701/65 e Decreto-Lei nº 211/67, que segundo argui, determinariam que tais entes são responsáveis pela regulamentação, fiscalização e controle do sangue e hemoderivados utilizados em transfusões e, especificamente, no que toca à fiscalização, eles teriam falhado, a gerar os danos mencionados. Desse modo, está justificada a propositura da ação contra essas pessoas jurídicas de direito público, as quais são parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação. A análise da responsabilidade deles propriamente dita é matéria de mérito.

- O apelo da União não merece ser conhecido na parte relativa à prescrição, porquanto remanescem fundamentos suficientes para a manutenção da decisão, a atrair, por analogia, a incidência da Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: *é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos.*

- Em razão da remessa oficial, mantida a sentença nesse ponto, mas por motivo diverso. De acordo com a jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça por meio do julgamento do REsp nº 1251993, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC e da REsp. STJ nº 8/2008, *prevalece o prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido no Código Civil de 2002. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a*

qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco (“Tratado de Responsabilidade Civil”. Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. - São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Fórum, 2ª Ed. - Belo Horizonte, 2010; pág. 1042). 5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299).

- A corte superior assentou orientação no sentido de que o termo *a quo* do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do Estado, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo (REsp 1172028/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 20/04/2010).

- A jurisprudência do STJ assentou ter o artigo 1º do Decreto-lei nº 20.910/32 estabelecido a prescrição quinquenal de qualquer direito ou ação contra a fazenda pública, seja qual for a sua natureza, a partir do ato ou fato do qual se originou (REsp nº 534.671/CE). Entende-se que a prescrição na espécie atinge o próprio fundo de direito. Assim, na espécie, feito o diagnóstico das infecções, notificado o interessado, passa a correr o prazo prescricional.

- De acordo com os documentos acostados aos autos, constata-se que o autor teve ciência inequívoca das consequências de eventual ato lesivo em 26.07.1989, data do diagnóstico da AIDS, e em 14.09.1998, data do diagnóstico da hepatite C. O autor nasceu em 06.03.1982 e, portanto, quando da primeira era menor relativamente incapaz (artigo 5º do CC/1916), contra o qual não corria a prescrição, consoante artigo 169, inciso I, do CC/1916. O prazo prescricional, nesse caso, passou a correr em 06.03.1998, data em que completou 16 anos. Assim, consideradas essa data, bem como a da ciência da hepatite C e à vista de que a presente demanda foi proposta em 04.05.2001, é certo que não decorreu o prazo prescricional.

- A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa (Art. 37 § 6º).

- Restou comprovado que o apelado contraiu os vírus causadores da hepatite “c” e da AIDS no período em que passou por transfusões de sangue para tratamento de hemofilia.

- Ficaram demonstrados, também, os danos morais, consubstanciados na perturbação da ordem psíquica e social sofrida em consequência do fato de ter contraído moléstias gravíssimas que demandam tratamento intensivo com medicação, com a agravante de que para a AIDS não existe cura.

- Embora o laudo não tenha concluído que o requerente é inválido para o trabalho e não haja notícia de que ele exercia atividade remunerada, é certo que a sua saúde está deveras frágil em razão da hemofilia grave, doença pré-existente, que foi ainda mais debilitada por causa das infecções por HIV e hepatite C, que demandam tratamento intensivo. Assim, dado que ele está fora do mercado de trabalho, que tem saúde extremamente frágil, que é membro de família de baixa renda, que carrega o estigma de ser portador de HIV, é certo que a chance de conseguir uma vaga de emprego ou

qualquer trabalho compatível com suas limitações é praticamente nula. Portanto, correta a fixação de indenização por danos materiais, na forma de pensão mensal vitalícia, na medida em que, por todas essas circunstâncias, não terá mais condições de prover seu sustento.

- Na espécie, configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta omissiva dos réus (fato danoso), que falharam na fiscalização e/ou execução das atividades de hemoterapia, que eram de sua responsabilidade, conforme legislação colacionada, e a lesão acarretada, porquanto os danos morais e materiais causados ao apelado decorreram da circunstância de ter contraído as moléstias graves ao realizar transfusões com sangue contaminado pelos vírus citados. Ademais, os entes estatais não provaram causa excludente de responsabilidade e se cingiram a alegar que não foi demonstrada a sua culpa no evento, o que, como visto, não os eximem do dever de indenizar.

- O fato de a obrigatoriedade dos exames para a detecção das infecções citadas ter sido imposta às entidades que exercem atividades hemoterápicas somente em 1988, com a promulgação da Lei nº 7.649/88, não afasta a responsabilidade das rés, na medida em que se trata de responsabilidade objetiva, que somente pode ser afastada no caso de culpa exclusiva da vítima.

- Segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo: de sanção e compensação. Tanto a AIDS quanto a hepatite C são moléstias gravíssimas que podem ser letais ao paciente, com a agravante de que para a primeira, no estado da ciência hoje, não existe cura. Consequentemente, tais infecções certamente tiraram a tranquilidade e provocaram sério sofrimento ao autor, seja sob o aspecto físico, seja sob o emocional. Diante desses fatos, inexistiu um montante capaz de apagar tamanha dor. De todo modo, a indenização por danos morais fixada em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), não se mostra exacerbada, pois cumpre os critérios mencionados.

- Não há elementos nos autos que justifiquem a pensão no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Não restou demonstrada a necessidade de cuidados especiais relacionados à hepatite C ou à AIDS, que não o tratamento com medicamentos que são oferecidos na rede pública, a fundamentar o ressarcimento em valor maior que um salário mínimo. Ainda mais se considerarmos que o autor nunca exerceu atividade remunerada, que pudesse fornecer parâmetro mais exato para a fixação de montante superior a esse. Nesse caso, cada réu deverá pagar meio salário mínimo ao autor.

- Dado que a pensão fixada tem como base um salário mínimo, deverá ser considerado, quanto às parcelas vencidas, eventualmente devidas, o seu valor na data que deveria ter sido pago e, quanto às vincendas, o seu valor na data do vencimento de cada prestação. 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. Diante da ausência de fixação do termo inicial na sentença, fixa-se a partir da citação.

- A partir da vigência do Código Civil de 2002, 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.

- A correção monetária deve incidir somente a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça). No entanto, no período em que se aplica a SELIC, não tem incidência, visto que compõe o índice da referida taxa.

- 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, reduzo-os para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dado que propiciam remuneração adequada e justa ao profissional.

- Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Apelação da União conhecida em parte e, na parte conhecida, parcialmente provida. Apelação do Estado de São Paulo e remessa oficial parcialmente providas.

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, não conhecer de parte do apelo da União e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, assim como à apelação do Estado de São Paulo e à remessa oficial, a fim de rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, reduzir a pensão mensal para um salário mínimo, cujas parcelas vencidas, eventualmente devidas, deverão considerar o seu valor na data que deveria ter sido pago e, quanto às vincendas, o seu valor na data do vencimento de cada prestação, montante que deverá ser pago à razão de 50% por réu, e os honorários advocatícios para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e, ainda em razão da remessa oficial, fixar o termo inicial da pensão na data da citação e os juros e a correção monetária conforme consignado no voto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de julho de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelações e remessa oficial de sentença que, em sede de ação indenizatória, proposta por ANDRÉ LUIS DA ROCHA contra a UNIÃO e a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar as rés ao pagamento ao autor de:

a) R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) a título de danos morais, a serem rateados igualmente pela requeridas, acrescidos de correção monetária, segundo os termos da Resolução 242 de 03 de julho de 2001 do CJF e Provimento nº 64 da CGJF da 3ª Região, e juros de mora de 6% ao ano, desde a citação até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil), e, a partir daí, calculados nos termos do artigo 406 do novo Diploma Civil.

b) R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) mensais até o fim de sua vida, a título de pensão alimentícia, valor que poderá ser revisto a qualquer momento em razão da alteração da necessidade do autor e das possibilidades dos réus, reajustado conforme a revisão geral anual dos servidores públicos da União e será suportado integralmente por esta, a qual poderá reaver metade de seu montante do Estado de São Paulo;

c) honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor das condenações, a serem rateados pelos sucumbentes. Sem custas por ser o autor beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Em seu apelo (fls. 1219/1239), a União sustenta, em síntese, que:

a) não tem legitimidade passiva, na medida em que dos fatos narrados na petição inicial não se extrai qualquer relação fática ou jurídica com a União, a qual, por não ser órgão de execução no tocante à saúde pública, não tem o dever de responder por ato que não praticou, pois não foi ela quem forneceu o material sanguíneo, tampouco quem realizou a transfusão de sangue nos recorridos, atos praticados pelo Centro Infantil Boldrini e pela Universidade Estadual Campinas - UNICAMP, as quais devem integrar o polo passivo;

b) prescrição quinquenal (artigo 1º do Decreto n 20.910/32), porquanto os fatos lesivos teriam supostamente ocorrido em 1982 (contaminação por vírus HIV) e 1998 (contaminação por vírus HVC - hepatite C), e a ação somente foi proposta em 04.05.2001;

c) ao contrário do que se alegou, foram adotadas todas as cautelas que o procedimento de transfusão sanguínea exigia à época, de modo que o evento danoso relatado decorreu de caso fortuito, o que configura causa excludente de responsabilidade, à luz do artigo 393 do Código de Processo Civil;

d) os montantes fixados a título de indenização por danos morais e materiais são excessivos e devem ser reduzidos;

e) no que toca à condenação ao pagamento de pensão, o Estado de São Paulo deve ser condenado a arcar com a metade desse valor;

f) os juros de mora devem ser fixados em 6% (seis por cento) ao ano nos termos da Lei nº 9.494/97, mesmo após a entrada do Código Civil de 2002, uma vez que a pensão mensal terá como sistemática de reajuste a revisão geral anual dos servidores públicos federais.

O Estado de São Paulo, em sua apelação (fls. 1240/1266), aduz que:

a) no caso de atos puramente omissivos da administração pública, indispensável será a comprovação de culpa ou dolo do agente, sob pena de não se configurar a responsabilidade civil por carência do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o ato que supostamente foi

seu causador, o que ocorreu na espécie, à vista da ausência dessa prova;

b) é impossível infligir uma obrigação de indenizar às requeridas, se, no período em que o apelado iniciou as transfusões de hemocomponentes, inexistiam meios científicos para identificação dos vírus mencionados;

c) é parte ilegítima, pois não é de sua responsabilidade a fiscalização dos bancos de sangue, a qual é atribuída à vigilância sanitária dos municípios desde 1998. De outro lado, a UNICAMP é autarquia com personalidade jurídica própria, de modo que deve responder individualmente por seus débitos, sem responsabilidade da entidade estatal a que pertence;

e) não cabe indenização por danos morais, dado que não houve conduta voluntária do ente estatal;

f) o montante fixado a esse título deve ser reduzido, sob pena de configurar enriquecimento sem causa;

g) quanto ao dano material, somente é indenizável o efetivo prejuízo, que, na espécie, deve representar a renda que o autor deixou de auferir devido aos fatos narrados na peça vestibular. As restrições às atividades esportivas e laborativas advêm exclusivamente da hemofilia grave e não das transfusões, motivo pelo qual não é devida a pensão;

h) os honorários advocatícios devem ser reduzidos, com observância do artigo 20, § 4º, do CPC, porque se mostraram excessivos.

Contrarrazões do autor, às fls. 1275/1287, nas quais argumenta que, com relação ao apelo da União:

a) a legitimidade dela tem fundamento nos artigos 23, inciso II, 196, 197 e 200, inciso I, todos da CF. Assim, não importa se o recorrido foi submetido a transfusões de hemoderivados em hospitais da rede pública federal, porque a responsabilidade pela fiscalização e controle da saúde pública, aqui incluída a qualidade dos hemoderivados, é exclusiva do poder público, entre eles a União;

b) não ocorreu a prescrição, pois aplicável ao caso o prazo do Código Civil e não o do Decreto nº 20.910/32, bem como porque ele não corre contra menores;

c) ainda que a culpa não seja atribuída direta e exclusivamente ao poder público, cabe-lhe ingressar com ação regressiva contra os verdadeiros responsáveis pelos danos, ônus que lhe competia e do qual não se desincumbiu;

d) restou configurado o nexo de causalidade entre os atos cometidos pelo poder público que negligenciou e se omitiu no controle e fiscalização do sangue e dos hemoderivados e o dano suportado pelo apelado, o qual foi acometido pela contaminação do vírus HIV em virtude do serviço de má qualidade prestado à população, aliado à desídia e descaso para com a saúde pública;

e) os valores fixados para as indenizações devem ser mantidos, assim como os juros.

Já no que toca ao recurso do Estado de São Paulo, argumenta que:

a) não se comprovou a culpa exclusiva da vítima, a fim de descaracterizar o nexo de causalidade;

b) a responsabilidade pela qualidade do sangue coletado existia mesmo antes da CF/88;

c) é inquestionável a obrigação das apelantes ao pagamento da indenização por danos morais ao apelado, a teor do que dispõe o artigo 37, § 6º, da CF;

e) os valores das indenizações não são exorbitantes, dados os danos graves causados ao autor.

Junte-se o relatório e encaminhe-se ao revisor.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

I - DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL

O autor, menor na data do ajuizamento da ação, pleiteia indenização por danos materiais e morais que, segundo sustenta, teriam sido causados em razão de ter sido contaminado por vírus HIV e da hepatite C quando do tratamento de hemofilia, mal que exige constantes transfusões de sangue e de hemoderivados, iniciado meses após o seu nascimento, ocorrido em 06.03.1982. Relata que começou o tratamento em um Hospital em São Paulo, no qual foi atendido por um ano, depois passou a ser atendido no Hospital das Clínicas da UNICAMP, no Hospital e Maternidade Irmãos Penteado, no Centro Integrado de Pesquisa Oncohematológica na Infância - CIPOI e, finalmente, no Centro Infantil de Investigações Hematológicas Dr. Domingos A. Boldrini, desde 1990. Afirma que o diagnóstico da AIDS data de 26.07.1989 e o da Hepatite "C" de 14.09.1998. Argui que a União e o Estado de São Paulo são responsáveis pela regulamentação, fiscalização e controle do sangue e hemoderivados utilizados em transfusões, consoante artigo 7º da Lei nº 7.649/88 e sua regulamentação (Decreto nº 95.721/88, artigo 15), artigo 200, inciso I, da Constituição Federal, artigo 16, incisos XII e XVI, da Lei nº 8.080/90, artigo 1º da Lei Estadual nº 5.190/86, artigo 4º da Lei nº 4.701/65 e Decreto-Lei nº 211/67, tarefa da qual não se desincumbiram de forma eficiente, tanto que o requerente foi contaminado pelos vírus citados, a ensejar o ressarcimento pelos danos que lhe foram causados em razão dessa conduta omissiva das rés.

II - DAS PRELIMINARES

II.a - DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DO ESTADO DE SÃO PAULO

Fundamenta-se a responsabilidade da União e do Estado de São Paulo na legislação citada, que determinaria que tais entes são encarregados da regulamentação, fiscalização e controle do sangue e hemoderivados utilizados em transfusões e, especificamente, no que toca à fiscalização, teriam falhado, a gerar os danos mencionados. Desse modo, está justificada a propositura da ação contra essas pessoas jurídicas de direito público, as quais são partes legítimas para figurar no polo passivo da presente ação.

O Superior Tribunal de Justiça tem precedentes acerca da legitimidade da União em casos como o dos autos. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS HIV. HEMOFILIA GRAVE. TRATAMENTO DE HEMOTERAPIA. MORTE. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. UNIÃO. LEGITIMIDADE. ART. 4º DA LEI 4.701/65. ART. 23, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I - Nos termos do art. 4º da Lei 4.701/65, vigente à época do fato e do art. 23, inciso II, da Constituição Federal, a União pode figurar no pólo passivo de ação visando ao ressarcimento

por danos morais pela morte de paciente infectado pelo vírus HIV durante tratamento de hemoterapia em estabelecimento estadual.

II - Tendo o Tribunal *a quo* verificado estar presente o nexo causal, não é possível, em sede de recurso especial, chegar-se a conclusão diversa, pois seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula nº 07/STJ.

III - Não é possível alteração do valor fixado a título de danos morais, por demandar o reexame das provas dos autos, vedado pela Súmula nº 07 desta Corte.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 670914/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 19/12/2005, p. 226) - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS DA AIDS. TRANSFUSÃO DE SANGUE EM HOSPITAL PÚBLICO. LEI Nº 7.649/88. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ENUNCIADO Nº 282 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESPONSABILIDADE DO HEMÓRIO. INOVAÇÃO NAS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os dispositivos apontados como violados no recurso especial não foram objeto de decisão pelo Tribunal *a quo*, ressentindo-se, conseqüentemente, do indispensável prequestionamento, cuja falta inviabiliza o conhecimento da insurgência especial, a teor do que dispõe o enunciado nº 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. *Esta Corte Superior já decidiu que a União pode figurar no polo passivo de ação visando ao ressarcimento por danos morais pela morte de paciente infectado pelo vírus HIV durante tratamento de hemoterapia em hospital público. Precedentes: REsp nº 670.914/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, in DJ 19/12/2005 e REsp nº 768.574/RJ, Relator Ministro Castro Meira, in DJ 29/3/2007.*

3. Em sede de agravo regimental, não se conhece de alegações estranhas às razões do recurso especial, por vedada a inovação de fundamento.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1178960/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 17/05/2010) - grifei.

II.b - DA PRESCRIÇÃO

O juízo sentenciante afastou a alegação de prescrição, *verbis* (fl. 1200):

Por primeiro, trata-se de pretensão que versa sobre direitos personalíssimos, já que a omissão das rés em fiscalizar e controlar a qualidade do sangue, utilizado pelos hospitais em transfusões, resultou em lesão à integridade física do autor. Isso porque ele suportará, como suporta, dia após dia, os efeitos extremamente maléficos causados pelos vírus adquiridos em razão das transfusões, tais como redução da resistência física e problemas de articulações, entre outros. Assim, não há que se falar em prescrição porque a pretensão, em se tratando de direitos personalíssimos, é imprescritível.

Ainda que assim não se considere, o prazo prescricional não tem início contra menor, conforme estabelecia o artigo 169, inciso I, do Código Civil de 1916 e estabelece o artigo 198, inciso I, do novo Código Civil.

Ademais, o prazo prescricional que seria aplicável ao caso dos autos é aquele estabelecido pelo artigo 177 do Código Civil de 1916, ou seja, de 20 (vinte) anos, pois se trata de ação pessoal. Não há que se aplicar o Decreto nº 20.910/32, pois este se refere apenas às parcelas de trato sucessivo devidas pela União.

De outro lado, a União atacou esse ponto da decisão, ao argumento de que ocorreu a prescrição quinquenal (artigo 1º do Decreto n 20.910/32), porquanto os fatos lesivos teriam supostamente ocorrido em 1982 (contaminação por vírus HIV) e 1998 (contaminação por vírus HVC - hepatite C), e a ação somente foi proposta em 04.05.2001.

Note-se que a recorrente não enfrentou todos os fundamentos da decisão quanto ao tema, principalmente a imprescritibilidade do direito em questão e de que o prazo não tem início contra menor, conforme estabelecia o artigo 169, inciso I, do Código Civil de 1916 e o faz o artigo 198, inciso I, do novo Código Civil.

Em circunstâncias como esta se tem entendido que o recurso não merece ser conhecido nessa parte, porque remanescem fundamentos suficientes para a manutenção da decisão, a atrair, por analogia, a incidência da Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal, *verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos*. Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283 DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE CLÁUSULAS DO ESTATUTO SOCIAL DA COOPERATIVA. OFENSA INDIRETA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 454 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - *Incumbe ao agravante o dever de impugnar, de forma específica, cada um dos fundamentos da decisão atacada, sob pena de não conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 283 do STF*. II - Como tem entendido o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Ademais, a tardia alegação de ofensa ao texto constitucional, apenas deduzida em embargos de declaração, não supre o prequestionamento. III - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais e de cláusulas contratuais. Incidência da Súmula 454 do STF. IV - Agravo regimental improvido. (RE-AgR 611115, RICARDO LEWANDOWSKI, STF.) - grifei.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTS. 544 e 545 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO. DUPLICIDADE DE CREDORES. ARTIGO 8º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. *FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA*. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O agravo regimental é inadmissível quando não impugna a decisão agravada, limitando-se a reprimir os argumentos do recurso originário indeferido. 2. O agravante não se insurgiu contra todos os fundamentos jurídicos da decisão agravada, limitando-se a argumentar que a matéria *sub judice* é de índole constitucional. 3. *Configura princípio básico da disciplina dos recursos o dever que tem o recorrente de impugnar as razões da decisão atacada, por isso que deixando de fazê-lo, resta ausente o requisito de admissibilidade consistente na regularidade formal, o que determina, com fundamento no § 1º do artigo 317 do RISTF, o não-conhecimento do recurso interposto*. Precedentes: RE Nº 583.833-AgR, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 1.10.10; AI Nº 744.581-AgR, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJe de 21.5.10; RE Nº 458.161-AgR, Relator o Ministro EROS GRAU, 2ª Turma, DJe de 1.1.08; AI Nº 615.634-AgR, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ de 18.12.06; AI Nº 585.140-AgR, Relator o Ministro GILMAR MENDES, 2ª Turma, DJ de 6.6.06. 4. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre o dispositivo constitucional invocado (artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal) cuja violação se alega no recurso extraordinário, atrai a incidência da Súmula 282 do STF. *Verbis*, “É inadmissível o recurso extraordinário, quando

não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” 5. A controvérsia sobre o reconhecimento da legalidade de um dos credores para levantar os depósitos de contribuição sindical, quando houver duplicidades de credores, é de índole infraconstitucional, por isso que eventual ofensa à Constituição deu-se de forma indireta, circunstância que inviabiliza a admissão do recurso extraordinário. 6. O reexame dos fatos e provas que fundamentaram a decisão recorrida inviabiliza o processamento do recurso extraordinário, ante a vedação contida no enunciado da Súmula 279 desta Corte; *verbis*, “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” 7. Agravo regimental desprovido. (AI-AgR 796770, LUIZ FUX, STF.) - grifei.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRATUAL. LEI LOCAL CONTESTADA EM FACE DE LEI FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182 DO STJ.

1. “A pretensão recursal disposta no apelo especial demonstra que o agravante pretende reformar o acórdão recorrido, sob o fundamento de que a aplicação do Decreto Estadual N° 5.315/00 resulta em negativa de vigência aos arts. 208, 218 e 219, I, da Lei n° 6.404/76.”
2. “Pela aplicação da legislação local sob a perspectiva de sua legalidade em face de lei federal, o recurso cabível é o extraordinário. Isso porque ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal’ (art. 102, III, ‘d’, da CF)”.
3. O agravante deixou de infirmar os fundamentos da decisão agravada, lançando alegação genérica de que “a decisão recorrida se firmou em sentido diverso ao da jurisprudência desta C. Corte Superior de Justiça.” (e-STJ, fls. 185).
4. Da detida leitura da presente minuta, vê-se ainda que o recorrente se propôs a rebater possível incidência da Súmula 280/STF, que, aliás, nem sequer foi mencionada na decisão ora agravada.
5. Constatada a contradição e a consequente dissociação entre as razões do agravo e da decisão recorrida, o conhecimento do presente recurso, neste aspecto, encontra óbice na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.
3. Assim, não merece conhecimento o presente recurso, ante o óbice imposto pelo enunciado 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, aplicado, *mutatis mutandis*, ao caso sob exame, conforme pacífico entendimento desta Corte. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no AREsp 145474 / GO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 2012/0029700-8- 2ª Turma - rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 08/05/2012, v.u., DJe 15/05/2012) - grifei.

De todo modo, em razão da remessa oficial, mantenho a sentença nesse ponto, mas por motivo diverso.

De acordo com a jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça por meio do julgamento do REsp n° 1251993, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC e da REsp. STJ n° 8/2008, *prevalece o prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido no Código Civil de 2002. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco (“Tratado de Responsabilidade Civil”. Editora Revista*

dos Tribunais, 7ª Ed. - São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (*“Curso de Direito Administrativo”*. Editora Fórum, 2ª Ed. - Belo Horizonte, 2010; pág. 1042). 5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho (*“Curso de Direito Administrativo”*. Editora Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299).

O artigo 1º do Decreto 20.910/32 dispõe:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

A corte superior assentou orientação no sentido de que o termo “a quo” do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do Estado, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo (REsp 1172028/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 20/04/2010).

Acrescente-se que a jurisprudência do STJ, à qual me filio, assentou ter o artigo 1º do Decreto-lei nº 20.910/32 estabelecido a prescrição quinquenal de qualquer direito ou ação contra a fazenda pública, seja qual for a sua natureza, a partir do ato ou fato do qual se originou (REsp nº 534.671/CE). Entende-se que a prescrição na espécie atinge o próprio fundo de direito. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE MENOR EM DELEGACIA ESPECIAL DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. FUNDO DE DIREITO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INCIDÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 20.910/32. SÚMULA 85/STJ. NÃO-APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Cuidam os autos de ação de indenização ajuizada por Vanda dos Santos da Silva contra o Estado de Sergipe objetivando o ressarcimento pelos danos material (pensão mensal) e moral advindos em razão da morte de seu filho menor nas Dependências da Delegacia Especial de Proteção à Criança e ao Adolescente. Sentença julgou procedente o pedido condenando ao pagamento de pensão mensal e indenização pelo dano moral. O TJSE acolheu parcialmente a apelação do Estado de Sergipe entendendo por prescrito o direito de pleitear a indenização de cunho moral, assim como as parcelas anteriores ao ajuizamento da ação, mantendo, contudo, o direito ao pensionamento mensal. No recurso especial, alega-se que houve a ofensa dos arts. 20, § 4º, e 460 do CPC, e 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32. Em síntese, defende: a) a prescrição do fundo de direito da autora pelo decurso de mais de cinco anos entre o fato danoso e ao ajuizamento da ação; b) a jurisprudência desta Corte entende que nos casos de responsabilidade civil do estado, onde se pleiteia a pensão mensal, uma vez prescrito o direito de reclamar sobre as obrigações decorrentes de um evento lesivo não há que se falar em trato sucessivo (REsp 534.671/CE); c) a decisão guerreada é nula por ser extra petita e implicou uma *reformatio in pejus* ao ser majorado o período de pensionamento; e d) a minoração dos honorários nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Contra-razões pela manutenção do aresto recorrido. Parecer do MPF opinando pelo conhecimento parcial do recurso e, nessa parte, pelo seu não-provimento.

2. O posicionamento firmado por esta Corte é no sentido de que “O art. 1º do Decreto-lei nº 20.910/32 estabelece a prescrição quinquenal de qualquer direito ou ação contra a Fazenda

Pública, seja qual for a sua natureza, a partir do ato ou fato do qual se originou” (REsp nº 534.671/CE).

3. O direito perquirido não comporta pedido de prestação de trato sucessivo, conforme entendeu a instância de origem ao aplicar equivocadamente o enunciado sumular 85, desta Casa de Justiça que assim consigna: “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”.

4. O ressarcimento pleiteado encontra-se fulminado pela prescrição quinquenal sobre o próprio fundo do direito, e não apenas em relação às prestações anteriores ao ajuizamento da ação de indenização (Súmula 85/STJ), porquanto o evento danoso - morte do filho menor - ocorreu em outubro de 1993 e a demanda, objetivando o percebimento de indenização de cunho moral e material (pensionamento), somente foi intentada em 06/12/2001, ou seja, quando já decorridos mais de 08 (oito) anos do fato danoso.

5. Recurso especial provido a fim de reconhecer a ocorrência da prescrição quinquenal, declarando a extinção do processo com julgamento do mérito.

(REsp 909201/SE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 12/03/2008)

Assim, na espécie, feito o diagnóstico das infecções, notificado o interessado, passa a correr o prazo prescricional.

De acordo com os documentos acostados aos autos, constata-se que o autor teve ciência inequívoca das consequências de eventual ato lesivo em 26.07.1989, data do diagnóstico da AIDS, e em 14.09.1998, data do diagnóstico da hepatite C. O autor nasceu em 06.03.1982 e, portanto, quando da primeira era menor relativamente incapaz (artigo 5º do CC/1916), contra o qual não corria a prescrição, consoante artigo 169, inciso I, do CC/1916. O prazo prescricional, nesse caso, passou a correr em 06.03.1998, data em que completou 16 anos. Assim, consideradas essa data, bem como a da ciência da hepatite C e à vista de que a presente demanda foi proposta em 04.05.2001 (fl. 02), é certo que não decorreu o prazo prescricional.

III - DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa, *verbis*:

Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal norma firmou, em nosso sistema jurídico, o postulado da *responsabilidade civil objetiva* do poder público, sob a modalidade do risco administrativo. A doutrina é pacífica no que toca à sua aplicação em relação aos atos comissivos, contudo, diverge em relação aos atos *omissivos*. Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o referido princípio constitucional se refere tanto à ação quanto à omissão, o qual encontra apoio na doutrina de Hely Lopes Meirelles, dentre outros. Segundo esse autor:

Desde que a Administração defere ou possibilita ao servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a

terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. (Direito Administrativo Brasileiro, 36ª atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687)

Nesse sentido trago à colação os seguintes julgados das cortes superiores:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “eventus damni” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). - Filho recém-nascido acometido da “Síndrome de West”, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. (STF, RE 495740 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01432 RTJ VOL-00214- PP-00516)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. FALTA DE SINALIZAÇÃO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão da autarquia e acidente que causou morte do marido e filhos da autora. Precedentes.

2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. 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, Nº 373, 2010, p. 91-96)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. BURACO NA VIA. RODA ARRANCADA DO EIXO DO REBOQUE DO CAMINHÃO. CAPOTAMENTO DO VEÍCULO QUE TRAFEGAVA NA DIREÇÃO CONTRÁRIA. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal *a quo* à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp Nº 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp Nº 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005.

3. *In casu*, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, *verbis*: (...) Restou, pois, demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do DNIT em não corrigir as falhas na pavimentação da rodovia na qual ocorreu o acidente, e os prejuízos causados ao veículo da Autora. Fica caracterizada no caso concreto, portanto, a responsabilidade civil objetiva da Autarquia, o que acarreta a obrigação de indenizar. Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração, dispõe o parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, *verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifei).

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (o DNIT não procedeu à conservação da rodovia); a ocorrência de danos materiais no veículo da Autora em consequência do acidente; e o nexo de causalidade entre o fato da omissão estatal e o dano, cabe ao DNIT o ônus de indenizar à Autora. (fls. 107e 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 ele-

mentos 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 materiais e morais sofridos pelo autor em razão de omissão estatal.

IV - DO FATO LESIVO

Restou comprovado que o apelado contraiu os vírus causadores da hepatite “c” e da AIDS no período em que passou por transfusões de sangue para tratamento de hemofilia. O laudo de fls. 901/907 dá conta de que:

(...)

II) Respostas aos quesitos do autor:

1. Em verdade o periciando é portador de Hemofilia B grave (conforme confirmado em laudos presentes nos autos). Tendo em vista que o mesmo recebeu desde o diagnóstico da hemofilia, no primeiro ano de vida, até a constatação da contaminação pelos vírus HIV e da hepatite C, diversas transfusões de sangue (plasma fresco congelado e sangue total) em diferentes instituições, não é possível determinar o momento da contaminação, assim como qual a instituição responsável.
2. O periciando é de fato portador do vírus da imunodeficiência humana (HIV).
3. Pelo histórico do periciando e pelo conhecimento das formas de transmissão viral em questão, é provável que a contaminação tenha ocorrido devido à transfusão de sangue contaminado pelo vírus HIV e hepatite C (HCV).

Outrossim, os documentos de fls. 29/302, prontuários médicos e exames, corroboram o parecer do *expert*.

V - DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS

Quanto aos danos materiais, em relação às restrições para as atividades do dia a dia, o perito deu as seguintes respostas aos quesitos do autor de fls. 552/553:

9. O requerente poderá levar uma vida normal, sem discriminação, sem qualquer influência sobre o aspecto psicológico e social (lazer, autoestima, vida íntima, personalidade, felicidade

etc) em face de ser portador do HIV e da Hepatite C?

R. Levando-se em conta os cuidados necessários e tratamentos disponíveis o periciando é capaz de controlar os riscos e limitações presentes nas patologias apresentadas.

10. A capacidade laborativa do requerente está comprometida permanentemente?

R. Devido à hemofilia o periciando apresenta restrições relacionadas ao risco de traumas e consequente sangramentos.

11. O requerente poderá exercer atividade física que não venha comprometer a sua saúde, tais como: prática de esportes?

R. Devido à hemofilia, há o risco hemorrágico, sobretudo em articulações. De fato o periciando apresenta artropatia (alteração crônica articular) em joelho esquerdo, com limitação do movimento. No entanto, pelo quadro atual relacionado ao HIV e HCV não há maiores restrições na prática esportiva.

12. Poderia o requerente constituir uma família e ter uma atividade sexual normal e plena, bem como gerar filhos e procriar?

R. Embora pudesse constituir família, devido o risco de transmissão sexual do vírus, sobretudo do HIV isto é desaconselhável, uma vez que poderá ocasionar a transmissão à sua companheira e sendo esta contaminada, há o risco de transmissão à prole. Quanto a prática sexual o recomendado é manter o uso de preservativos.

13. Em face da doença o requerente poderá sofrer alterações no seu estado físico e estético?

R. Levando-se em conta a disponibilidade atual do tratamento adequado estas alterações podem ser evitadas.

14. A perita poderia estabelecer a expectativa de sobrevida do requerente?

R. Não há esta possibilidade.

Embora o laudo não tenha concluído que o requerente é inválido para o trabalho e não haja notícia de que ele exercia atividade remunerada, é certo que a sua saúde está deveras frágil em razão da hemofilia grave, doença pré-existente, que foi ainda mais debilitada por causa das infecções por HIV e hepatite C, que demandam tratamento intensivo. Assim, dado que ele está fora do mercado de trabalho, que tem saúde extremamente frágil, que é membro de família de baixa renda, que carrega o estigma de ser portador de HIV, é certo que a chance de conseguir uma vaga de emprego ou qualquer trabalho compatível com suas limitações é praticamente nula. Portanto, correta a fixação de indenização por danos materiais, na forma de pensão mensal vitalícia, na medida em que, por todas essas circunstâncias, não terá mais condições de prover seu sustento.

Foram demonstrados, também, os *danos morais*, consubstanciados no sofrimento incommensurável que lhe foi causado em razão de ter contraído moléstias gravíssimas que demandam tratamento intensivo com medicação, com a agravante de que para a AIDS não existe cura.

V - DO NEXO CAUSAL

Cabe analisar se pode ser imputada conduta omissiva à União e ao Estado de São Paulo que tenha contribuído para a ocorrência do dano.

O postulante nasceu em 1982 com hemofilia e, segundo o relato que consta do laudo, meses após o seu nascimento começou a fazer transfusões de sangue. Confirma-se (fls. 901/907):

André Luis da Rocha, 22 anos (data de nascimento: 06/03/1982) é portador de Hemofilia B grave (deficiência hereditária do fator IX da coagulação sangüínea, com atividade inferior a 1 %). Informou o periciando que recebeu o diagnóstico aos nove meses de vida no Hospital das

Clínicas de São Paulo e a partir desta data passou a submeter-se ao tratamento de reposição inicialmente com transfusões de hemocomponentes (sangue total e plasma fresco congelado) e atualmente hemoderivados (concentrado liofilizado de fator IX derivado de plasma humano).

A infecção pelo vírus HIV foi diagnosticada em 16.01.1989 e a do vírus da hepatite C (HCV) somente em 14.09.1998. Todavia, à vista de que foi atendido em inúmeros estabelecimentos de saúde desde que a hemofilia foi descoberta, não é possível afirmar em quais deles efetivamente ocorreu a contaminação. De todo modo, é imperativa a responsabilização dos entes estatais em razão da falha na fiscalização da execução dos serviços hemoterápicos.

De acordo com o artigo 13 da Lei nº 4.701/65, vigente à época em que o autor passou a fazer os tratamentos relacionados à hemofilia, competia à Comissão Nacional de Hemoterapia a fiscalização dos órgãos executivos da atividade hemoterápica:

Art. 13. A ação fiscal sobre os órgãos executivos da atividade hemoterápica serão da responsabilidade da Comissão Nacional de Hemoterapia com a participação dos órgãos congêneres estaduais e territoriais do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia.

Já o artigo 5º dessa lei dispunha sobre a composição dessa comissão:

Art. 5º Sob a denominação e Comissão Nacional de Hemoterapia - (CNH), fica criado no Ministério da Saúde um Órgão permanente composto de 5 (cinco) membros indicados pelo Ministro da Saúde e nomeados pelo Presidente da República pelo prazo de 2 (dois) anos, diretamente subordinado ao Ministro de Estado, incumbido de promover as medidas necessárias ao fiel cumprimento em todo o território brasileiro dos postulados da Política Nacional do Sangue.

Tal norma foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 211/67, que, em seu artigo 4º, autorizava a Comissão Nacional de Hemoterapia a aplicar sanção contra a entidade que infringisse a legislação relacionada à atividade, *verbis*:

Art. 4º A Comissão Nacional de Hemoterapia, pelo voto da maioria dos seus membros, suspenderá ou cancelará o registro do órgão público, entidade privada ou profissional médico que exercer a atividade hemoterápica com inobservância das normas deste Decreto-Lei ou da Lei nº 4.701/65, sem prejuízo de responsabilidade penal dos infratores.

Parágrafo único. Da decisão da Comissão Nacional de Hemoterapia que determinar a suspensão ou cancelamento do registro, caberá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da decisão, recurso, sem efeito suspensivo, para o Ministério da Saúde, que a manterá ou reformará, nos 30 (trinta) dias subsequentes.

Consoante esses preceitos, a citada comissão, subordinada ao governo federal, deveria fiscalizar a execução dos referidos serviços. Portanto, no caso de falha dessa fiscalização, a União deve ser responsabilizada.

A Lei nº 7.649/88, por sua vez, estabeleceu a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue, bem como a realização de exames laboratoriais no material coletado, a fim de prevenir a propagação de doenças, dentre outras providências e em seu artigo 3º, explicitou que:

Art. 3º As provas de laboratório referidas no art. 1º desta lei incluirão, obrigatoriamente, aquelas destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

Parágrafo único O Ministério da Saúde, através de portarias, determinará a inclusão de testes laboratoriais para outras doenças transmissíveis, sempre que houver necessidade de proteger a saúde das pessoas e os testes forem disponíveis.

O artigo 7º impõe às Secretarias de Saúde dos Estados a execução dessas medidas:

Art. 7º Compete às Secretarias de Saúde das unidades federadas a execução das medidas previstas nesta lei, em conformidade com as normas do Ministério da Saúde.

O que demonstra que o Estado de São Paulo também deve ser responsabilizado por eventual falha na prestação desse serviço.

Referida regra foi regulamentada pelo Decreto nº 95.721/88, que, no artigo 15, dispunha:

Compete ao Ministério da Saúde, através dos órgãos competentes de sua estrutura organizacional:

XIII - exercer, em conjunto com as Secretarias de Saúde, a inspeção e o controle de qualidade dos produtos hemoderivados e a vigilância sanitária das atividades hemoterápicas.

A Lei nº 4.701/65 foi revogada pela Lei nº 10.205/2001, que surgiu a fim de disciplinar o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, e estabelecer o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, entre outras providências. Esse estatuto, a respeito da fiscalização das atividades hemoterápicas, prevê:

Art. 15. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados objetivará, entre outras coisas:

III - verificação e aplicação permanente de métodos e ações de controle de qualidade do sangue, componentes e hemoderivados;

(...)

V - fiscalização da utilização ou estocagem do sangue, componentes e hemoderivados em todas as instituições públicas ou privadas que exerçam atividade hemoterápica;

VI - implementação, acompanhamento e verificação da observância das normas relativas à manutenção de equipamentos e instalações físicas dos órgãos que integram a Rede Nacional dos Serviços de Hemoterapia;

Art. 16. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, cuja execução estará a cargo do SINASAN, será dirigida, em nível nacional, por órgão específico do Ministério da Saúde, que atuará observando os seguintes postulados:

I - coordenar as ações do SINASAN;

(...)

IV - integrar-se com os órgãos de vigilância sanitária e epidemiológica e laboratórios oficiais, para assegurar a qualidade do sangue, componentes e hemoderivados e dos respectivos insumos básicos;

(...)

XVI - avaliar e acompanhar o desempenho técnico das atividades dos Sistemas Estaduais de Sangue, Componentes e Hemoderivados;

(...)

Art. 17. Os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de suas Secretarias de Saúde ou equivalentes, coordenarão a execução das ações correspondentes do SINASAN no seu âmbito de atuação, em articulação com o Ministério da Saúde.

Na espécie, configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta omissiva dos réus (fato danoso), que falharam na fiscalização e/ou execução das atividades de hemoterapia, que eram de sua responsabilidade, conforme legislação colacionada, e a lesão acarretada, visto que os danos materiais e morais causados ao apelado decorreram da circunstância de ter contraído as moléstias graves ao realizar transfusões com sangue contaminado pelos vírus citados. Ademais, os entes estatais não provaram causa excludente de responsabilidade e se cingiram a alegar que não foi demonstrada a sua culpa no evento, o que não os eximem do dever de indenizar.

Frise-se que o fato de a obrigatoriedade dos exames para a detecção das infecções mencionadas ter sido imposta às entidades que exercem atividades hemoterápicas somente em 1988, com a promulgação da Lei nº 7.649/88, não as exime a responsabilidade, na medida em que é objetiva, consoante mencionado, que somente pode ser afastada no caso de culpa exclusiva da vítima.

VI - VALOR DA INDENIZAÇÃO

Entendo que não há elementos nos autos que legitimem a pensão de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Não restou demonstrada a necessidade de cuidados especiais relacionados à hepatite C ou à AIDS que não o tratamento com medicamentos que são oferecidos na rede pública, razão pela qual o ressarcimento maior que um salário mínimo não se justifica. Ainda mais se se considerar que o autor nunca exerceu atividade remunerada que pudesse fornecer parâmetro mais exato para autorizar montante superior. Neste caso, cada réu deverá pagar meio salário mínimo ao apelado. Tomar-se-á, quanto às parcelas vencidas, eventualmente devidas, o seu valor na data que deveria ter sido pago e, às vincendas, o vigente na data do vencimento de cada prestação. Ressalte-se que não se 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. Diante da ausência do termo inicial na sentença, fixo-o a partir da citação.

Segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo: de sanção e compensação. Tanto a AIDS quanto a hepatite C são moléstias gravíssimas que podem ser letais ao paciente, com a agravante de que para a primeira, no estado da ciência hoje, não existe cura. Consequentemente, tais infecções certamente tiraram a tranquilidade e provocaram sério sofrimento ao autor sob o aspecto emocional. Diante desses fatos, inexistiu um montante capaz de aplacar tamanha dor. De todo modo, o valor fixado em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) não se mostra exacerbado, pois cumpre os critérios mencionados.

VII - CONECTÁRIOS LEGAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A quantia indicada a título de danos morais será acrescida de correção monetária, segundo os termos da Resolução 242 de 03 de julho de 2001 do CJF e Provimento nº 64 da CGJF da 3ª Região, e juros de mora de 6% ao ano, desde a citação até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil) e, a partir daí, calculados nos termos do artigo 406 do novo diploma civil.

A partir da vigência do Código Civil de 2002, 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 nº 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 nº 2.180-35/2001, que também tratava de consecutório 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 nº 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 Nº 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.

A correção monetária deve incidir somente a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça). No entanto, no período em que se aplica a SELIC, não tem incidência, visto que compõe o índice da referida taxa.

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, reduzo-os para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dado que propiciam remuneração adequada e justa ao profissional.

VIII - DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeitos as preliminares, não conheço de parte do apelo da União e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, assim como à apelação do Estado de São Paulo e à remessa oficial, a fim de reduzir a pensão mensal para um salário mínimo, cujas parcelas vencidas, eventualmente devidas, deverão considerar o seu valor na data que deveria ter sido pago e, quanto às vincendas, o vigente na data do vencimento de cada prestação, montante que deverá ser satisfeito à razão de 50% por réu, e os honorários advocatícios para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e, ainda em razão da remessa oficial, fixar o termo inicial da pensão na data da citação e os juros e a correção monetária conforme consignado no voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000021-07.2003.4.03.6125
(2003.61.25.000021-2)

Apelantes: JOAQUIM FERNANDES ZUNIGA E OUTROS
 Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
 Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
 Classe do Processo: AC 1844710
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/08/2014

EMENTA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE E SEQUESTRO DE BENS. ARTIGOS 7º E 16 DA LEI Nº 8.429/92. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO E URGÊNCIA DA MEDIDA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO.

1. Não merece ser conhecido o agravo retido, tendo em vista a ausência de reiteração para sua apreciação.
2. Segundo a inicial, foi instaurado, no âmbito da Procuradoria da República em Marília, o Processo Administrativo Investigatório - Representação nº 17/2001, visando apurar eventuais irregularidades na aplicação de recursos públicos federais repassados através do Banco do Brasil, em cumprimento ao Programa Banco da Terra (Lei Complementar nº 93/98 e Decreto nº 3.475/00), destinados à aquisição do imóvel Fazenda Ceres, no município de Piraju/SP, com a finalidade de assentar trabalhadores rurais, vez que tais recursos teriam sido parcialmente desviados, mediante superavaliação da propriedade rural.
3. O provimento cautelar, *in casu*, a decretação de indisponibilidade e sequestro de bens, tem por escopo assegurar a eficácia do resultado do processo principal, de forma a estabelecer uma relação de instrumentalidade com este último e, diante da urgência que a justifica, pode ser concedida inclusive *inaudita altera pars*.
4. Como é sabido, a indisponibilidade de bens e o correspondente ressarcimento ao Erário são medidas previstas no art. 37, § 4º, do Texto Maior. Por sua vez, a referida indisponibilidade e o sequestro de bens encontram previsão normativa, respectivamente, nos artigos 7º e 16, da Lei nº 8.429/92, e são cabíveis quando há fundados indícios de que o ato de improbidade administrativa tenha ocasionado lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, objetivando garantir a efetividade do processo e o ressarcimento do Estado.
5. No caso vertente, a peça vestibular descreve minuciosamente os fatos ocorridos, correlacionando-os às condutas de improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/92, tendo sido acostada pelo *Parquet* farta documentação comprobatória que, por certo, serve de subsídio para a decretação das medidas constritivas de sequestro e indisponibilidade dos bens indicados.
6. Na forma do artigo 7º da Lei nº 8.429/92, o sequestro e a indisponibilidade de

bens encontram-se atrelados ao montante suficiente para assegurar o integral ressarcimento do dano ocorrido; se assim é, tais medidas podem alcançar inclusive os bens adquiridos anteriormente ao suposto ato ímprobo, já que não há no dispositivo legal qualquer restrição.

7. Considerando as provas colhidas nos autos da Ação de Improbidade Administrativa nº 004629-82.2002.4.03.6125 e as decisões ali proferidas, acolhendo os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal, em sua maioria, a manutenção do decreto de indisponibilidade e sequestro de bens mostra-se razoável e pertinente, não havendo afronta a qualquer princípio constitucional, nem ofensa ao direito de propriedade dos requeridos.

8. Evidenciado não só o *fumus boni iuris*, como também o *periculum in mora*, consubstanciado na gravidade dos fatos narrados na inicial, de sorte a assegurar a reparação dos danos ao Erário, impõe-se a manutenção das medidas constritivas sobre os bens adquiridos pelos requeridos, que encontram respaldo nos artigos. 7º e 16, § 1º, da Lei nº 8.429/92. Ressalte-se que o *periculum in mora*, tradicionalmente compreendido como a urgência justificada do provimento, ganha contornos especiais nos casos de improbidade administrativa. Tendo em conta a gravidade das questões de improbidade, o perigo é presumido e não precisa ser comprovado caso a caso.

9. O Agravo de Instrumento nº 0013661-17.2006.4.03.0000, autuado em apenso, foi interposto pelo BANCO PINE S/A contra a decisão interlocutória que determinou a suspensão da arrematação e adjudicação do imóvel pertencente ao Réu Affonso Fernandes Suniga, descrito na matrícula nº 18.225, de 82,5 alqueires, e localizado no Município de Piraju. A decisão agravada foi mantida e o agravo foi convertido em retido, vez que não comprovada a existência de lesão grave e de difícil reparação até o julgamento final da ação cautelar. Quando foi proferida sentença de mérito nos autos da presente medida cautelar, mantendo-se a decisão liminar agravada, não houve insurgência do Banco Pine S/A pelo meio adequado (recurso de apelação), restando prejudicada a análise do agravo retido.

10. Agravo retido não conhecido. Apelações improvidas.

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, não conhecer do agravo retido e negar provimento às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de julho de 2014.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações interpostas por JOAQUIM FERNANDES ZUNIGA, pelo ESPÓLIO DE AFFONSO FERNANDES SUNIGA, por MAURÍCIO DE OLIVEIRA PINTERICH, MILTON

CAMOLESI DE ALMEIDA, ANÍSIO SILVA, JOÃO PEDRO DE MOURA, PAULO PEREIRA DA SILVA, MIGUEL FRANCISCO SAEZ CÁCERES e RUBENS ROGÉRIO DE OLIVEIRA, contra a sentença de fls. 3.250/3.255, que julgou o pedido formulado na ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público Federal, decretando a indisponibilidade e sequestro dos bens dos Réus, consistente em imóveis, direitos de quotas de empresas, bem como dinheiro depositado em conta corrente, conta-poupança e aplicações financeiras de qualquer natureza, nas respectivas instituições financeiras, de acordo com as declarações de imposto de renda ano base 2001, constante dos presentes autos e dos autos nº 004629-82.2002.4.03.6125 e informações da Secretaria da Receita Federal. Foram confirmadas a medida liminar de fls. 134/142 e as decisões de fls. 800/812, 1031/1035, 1983/1986, 2197/2198, 2387, 2445, 2736, 2798, 2928/2929 e 3159/3160.

Pela decisão encartada às fls. 3.283/3.286v, foram rejeitados os embargos de declaração interpostos pelos corréus (fls. 3.258/3.259), (fls. 3.260/3.266), (fls. 3.273/3.276) e (fls. 3.279/3.281).

Em seu recurso, JOAQUIM FERNANDES ZUNIGA requer a reforma da sentença, sob a alegação de que não cometeu qualquer irregularidade. Afirma que juntamente com seu irmão (o falecido Affonso Fernandes Suniga) vendeu a propriedade em tela - Fazenda Ceres - pelo preço de mercado. Aduz que a fazenda possuía benfeitorias (entre as quais 30.000 cafeeiros) e maquinários, descritos na escritura de compra e venda. Esclarece que foram procurados pelo corretor Douglas Howthorne Ribas e informados de que haviam pessoas interessadas em comprar a fazenda, não sendo comprovada qualquer má-fé. Insurge-se contra os critérios adotados pelo Perito Judicial, eis que não adequados às características da região, especialmente quanto ao solo, à terra e aos índices mercadológicos. O valor da venda corresponde ao valor de mercado, como atesta o levantamento realizado junto ao Cartório de Registro de Imóveis de Piraju. Não prospera a alegação de improbidade administrativa, vez que o negócio foi celebrado entre particulares. Afirma que não sabia que a propriedade, por ele adquirida em 14/12/1992, estava registrada com área maior; ao ter conhecimento do erro, re-ratificou a divergência junto ao Cartório de Registro de Imóveis. Devolveu ao comprador da área, a Associação de Agricultores Familiares Força da Terra de Piraju, os valores recebidos a maior (R\$ 33.031,37 - trinta e três mil, trinta e um reais e trinta e sete centavos), documentalmente comprovados nos autos, o que demonstra sua boa-fé e a lisura da operação. Postula o levantamento da indisponibilidade (fls. 3.288/3.315).

MIGUEL FRANCISCO SAEZ CÁCERES FILHO e RUBENS ROGÉRIO DE OLIVEIRA, em seu recurso, requerem o levantamento da indisponibilidade decretada, ao fundamento de que a foram absolvidos da acusação de improbidade nos autos da ação civil pública nº 004629-82.2002.4.03.6125 e não há provas de que cometeram qualquer irregularidade. Afirmam que a constrição apenas pode incidir sobre os bens e valores obtidos posteriormente aos supostos atos de improbidade e está limitada ao fruto do seu proveito. De mais a mais, alegam que não houve comprovação de que está ocorrendo dilapidação do patrimônio (fls. 3.319/3.326).

No recurso de apelação interposto por MAURÍCIO DE OLIVEIRA PINTERICH, MILTON CAMOLESI DE ALMEIDA e ANÍSIO SILVA é postulado o levantamento da indisponibilidade decretada, sob a alegação de que não foi comprovada a prática dos atos de improbidade que lhe são imputados. Entendem que a constrição apenas pode incidir sobre os bens e valores obtidos posteriormente aos supostos atos de improbidade e está limitada ao fruto do seu proveito e alegam que não houve comprovação de que está ocorrendo dilapidação do patrimônio (fls. 3.331/3.339).

Nas razões de apelação apresentadas pelo ESPÓLIO DE AFFONSO FERNANDES SUNIGA, postula-se a limitação do decreto de indisponibilidade aos bens e valores necessários para garantir a aplicação do ressarcimento dos danos causados ao erário (fls. 3.361/3.367).

Os corréus JOÃO PEDRO DE MOURA e PAULO PEREIRA DA SILVA interpuseram recurso de apelação, juntado às fls. 3.376/3.406, requerendo a reforma integral da sentença ao fundamento de que não houve comprovação nos autos das irregularidades apontadas. Alegam que as provas colhidas nos autos principais atestam que eles não tiveram qualquer relação com a escolha da Fazenda Ceres, com a escolha dos assentados e com a forma do pagamento. Na qualidade de membros da Força Sindical, sua única função era repassar os valores para o assentamento, sem ingerência em nenhum outro ato realizado, fato confirmado pela prova testemunhal. Não podem responder por todos os atos praticados pela entidade “Força Sindical”, sendo necessária a individualização das condutas e da responsabilidade de cada um. Alegam que não praticaram o ato de improbidade referido no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 e que a tomada de decisão acerca dos assentamentos financiados pelo Banco da Terra era da AMVAPA - Associação dos Municípios do Vale do Paranapanema. De outro lado, a liberação dos recursos é atribuição do Conselho Curador do Banco da Terra, sobre o qual os apelantes não possuem qualquer ingerência. Afirmam que nenhum dos fatos invocados na inicial foi comprovado, não havendo amparo para a condenação. Não houve comprovação do elemento subjetivo exigido para tipificação a conduta. Alegam que foi apurado, efetivamente, um erro na metragem da área, mas que houve a devida regularização no procedimento administrativo. De toda forma, tal irregularidade formal não caracteriza, por si só, ato de improbidade. Para finalizar, alegam os apelantes que o objeto do assentamento foi alcançado, o que demonstra que não houve nenhuma lesão ao erário. Afirmam que a terra adquirida tem potencial de produtividade e não podem ser responsabilizados pelo uso que está sendo feito. Como não foi comprovada a intenção de dilapidar seus patrimônios, não há justificativa para a manutenção do decreto de indisponibilidade.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a UNIÃO FEDERAL apresentaram contrarrazões às fls. 3.426/3.434 e 3.450/3.487, respectivamente.

Manifestação do Ministério Público Federal atuante em segundo grau de jurisdição às fls. 3.526/3.531, opinando pelo desprovimento dos recursos de apelação interpostos e para que seja julgado prejudicado o agravo retido interposto pelo BANCO PINE S/A nos autos do agravo de instrumento em apenso.

Estes autos encontram-se apensados à Ação de Improbidade Administrativa nº 004629-82.2002.4.03.6125 e ao Agravo de Instrumento nº 0013661-17.2006.4.03.0000, convertido em agravo retido.

Submeto o feito ao revisor, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Primeiramente, ressalto que o Agravo de Instrumento nº 0013661-17.2006.4.03.0000, autuado em apenso, foi interposto pelo BANCO PINE S/A contra a decisão interlocutória que determinou a suspensão da arrematação e adjudicação do imóvel pertencente ao Réu Affonso

Fernandes Suniga, descrito na matrícula nº 18.225, de 82,5 alqueires, e localizado no Município de Piraju.

A decisão agravada foi mantida e o agravo foi convertido em retido, vez que não comprovada a existência de lesão grave e de difícil reparação até o julgamento final da ação cautelar.

Quando foi proferida sentença de mérito nos autos da presente medida cautelar, mantendo-se a decisão liminar agravada, não houve insurgência do Banco Pine S/A pelo meio adequado (recurso de apelação), motivo pelo qual o agravo retido não merece ser conhecido.

Passo, então, à apreciação do mérito.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação cautelar em face de JOAQUIM FERNANDES ZUNIGA, pelo ESPÓLIO DE AFFONSO FERNANDES SUNIGA, por MAURÍCIO DE OLIVEIRA PINTERICH, MILTON CAMOLESI DE ALMEIDA, ANÍSIO SILVA, JOÃO PEDRO DE MOURA, PAULO PEREIRA DA SILVA, MIGUEL FRANCISCO SAEZ CÁCERES e RUBENS ROGÉRIO DE OLIVEIRA, requerendo a decretação da indisponibilidade e sequestro dos bens dos Réus a fim de garantir o ressarcimento dos danos apurados nos autos da ação principal (Ação de improbidade administrativa nº 004629-82.2002.4.03.6125).

Alega o *Parquet* que foi instaurado, no âmbito da Procuradoria da República em Marília, o Processo Administrativo Investigatório - Representação nº 17/2001, visando apurar eventuais irregularidades na aplicação de recursos públicos federais repassados através do Banco do Brasil, em cumprimento ao Programa Banco da Terra (Lei Complementar nº 93/98 e Decreto nº 3.475/00), destinados à aquisição do imóvel Fazenda Ceres, no município de Piraju/SP, com a finalidade de assentar trabalhadores rurais, vez que tais recursos teriam sido parcialmente desviados, mediante superavaliação da propriedade rural.

O pedido de liminar foi deferido, para permitir o sequestro e a indisponibilidade de bens imóveis, móveis e ativos financeiros em nome dos requeridos.

O provimento cautelar, *in casu*, a decretação de indisponibilidade e sequestro de bens, tem por escopo assegurar a eficácia do resultado do processo principal, de forma a estabelecer uma relação de instrumentalidade com este último e, diante da urgência que a justifica, pode ser concedida inclusive *inaudita altera pars*.

Como é sabido, a indisponibilidade de bens e o correspondente ressarcimento ao Erário são medidas previstas no art. 37, § 4º, do Texto Maior.

Por sua vez, a referida indisponibilidade e o sequestro de bens encontram previsão normativa, respectivamente, nos artigos 7º e 16, da Lei nº 8.429/92, e são cabíveis quando há fundados indícios de que o ato de improbidade administrativa tenha ocasionado lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, objetivando garantir a efetividade do processo e o ressarcimento do Estado.

No caso vertente, a peça vestibular descreve minuciosamente os fatos ocorridos, correlacionando-os às condutas de improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/92, tendo sido acostada pelo *Parquet* farta documentação comprobatória que, por certo, serve de subsídio para a decretação das medidas constritivas de sequestro e indisponibilidade dos bens indicados.

Na forma do artigo 7º da Lei nº 8.429/92, o sequestro e a indisponibilidade de bens encontram-se atrelados ao montante suficiente para assegurar o integral ressarcimento do dano ocorrido; se assim é, tais medidas podem alcançar inclusive os bens adquiridos anteriormente ao suposto ato ímprobo, já que não há no dispositivo legal qualquer restrição. Confira-se a redação:

Art. 7º - Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único - A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A respeito do tema já se pronunciou a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme a transcrição dos seguintes arrestos, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO - PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - OMISSÃO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI Nº 8.009/90 - NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO - TRIBUNAL A QUO ASSENTOU NÃO ESTAR CARACTERIZADO O BEM DE FAMÍLIA - ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI IURIS E EXTENSÃO DA PENA - LIMINAR - JUÍZO PROVISÓRIO - SÚMULA 07/STJ - ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92 - POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS ANTERIORES AO FATO ALEGADO - JURISPRUDÊNCIA DO STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Tendo o acórdão *a quo* decidido fundamentadamente a totalidade das questões suscitadas no agravo de instrumento, não há cogitar de sua nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

2. Impossível o revolvimento da matéria fática para reanalisar o julgamento da instância ordinária, soberana na formação do acervo probatório. Aplicação da Súmula 07/STJ.

3. O sequestro, previsto no art. 16 da Lei nº 8.429/92, é medida cautelar especial que, assim como a indisponibilidade instituída em seu art. 7º, destina-se a garantir as bases patrimoniais da futura execução da sentença condenatória de ressarcimento de danos ou de restituição dos bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade.

4. Consoante o disposto no art. 7º da Lei nº 8.429/92, a indisponibilidade incidirá sobre tantos bens quantos forem necessários ao ressarcimento do dano ou acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, podendo recair sobre quaisquer bens do agente acusado, independentemente de terem sido adquiridos antes ou depois do ato supostamente ímprobo. Precedentes do STJ.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp nº 895.608/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 15/05/2008, DJ 27/05/2008, p. 1)

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992 - REQUISITOS PARA CONCESSÃO - LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS - POSSIBILIDADE.

1. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7º, parágrafo único da Lei 8.429/1992, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário.

2. O requisito cautelar do *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de bloqueio de bens, uma vez que visa a “assegurar o integral ressarcimento do dano”.

3. A demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracteriza o *fumus boni iuris*.

4. É admissível a concessão de liminar *inaudita altera pars* para a decretação de indisponibilidade e sequestro de bens, visando assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, o ressarcimento ao Erário. Precedentes do STJ.

5. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp nº 1.135.548/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 22/06/2010)

Esta tem sido a orientação adotada por esta 6ª Turma, como se vê das seguintes ementas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO - INDISPONIBILIDADE DE BENS - MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. 1. Descabe nesta esfera recursal o conhecimento da preliminar argüida. Incumbe ao agravante deduzir no Juízo de origem a matéria preliminar alegada no presente recurso, possibilitando ao magistrado decidir, acatando-a ou indeferindo-a. É defeso ao Tribunal decidir questões do processo que não foram submetidos ao juiz da causa, por não ter a parte os levado a sua apreciação, sob pena de incorrer em supressão de um grau de jurisdição. 2. A petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve narrar os fatos com indicação dos limites da demanda. Não são exigidas descrições minuciosas acerca das condutas dos réus, com a individualização precisa e pormenorizada dos atos imputados, sob pena de subtrair a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados. 3. A indisponibilidade de bens prevista no art. 17 da Lei nº 8.429/92 é medida de natureza tipicamente cautelar, com o fim de evitar a dissipação dos bens do réu e, ao final, possibilitar o ressarcimento do dano apurado da ação de improbidade administrativa. Verifica-se, pois, não só o risco concreto, mas também o risco provável de dilapidação do patrimônio durante o curso da ação de improbidade em questão. 4. Quanto aos limites da indisponibilidade de bens, deve-se ter em conta a finalidade almejada com a medida para sopesar sua extensão. É pacífico, no Superior Tribunal de Justiça, que, em caso de ação civil por improbidade administrativa, a indisponibilidade de bens pode alcançar quantos forem necessários ao ressarcimento do dano, incluídos os adquiridos antes do ilícito. Nessa linha são os precedentes: REsp nº 762.894/GO, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 04.08.2008, REsp nº 806.301/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 03.03.2008, REsp nº 702.338/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 11.09.2008; REsp 1081138/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008. Busca-se assegurar, assim, o completo ressarcimento dos prejuízos experimentados pela Administração Pública, cujos interesses se sobrepõem aos interesses privados. 5. Não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando do exame do pedido de efeito suspensivo.

(TRF 3ª Região, AI 00149539020134030000 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 507164, Relator Juiz Federal Convocado Herbert De Bruyin, 6ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/01/2014)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. 1. Diante das provas carreadas aos autos, é possível inferir fortes indícios da existência dos atos de improbidade administrativa imputados aos réus. 2. Não é possível, nesta fase processual, aferir-se com certeza a presença de culpa ou não do agravante. Somente ao fim do processo, após dilação probatória, é que se poderá decidir com clareza acerca da ocorrência da prática de atos de improbidade administrativa e da participação do agravante neles. Por ora, bastam indícios, que, como já afirmado, foram devidamente demonstrados pelos documentos juntados aos autos. 3. Extraí-se do comando do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de atos de improbidade que causem danos ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, do Texto Maior, segundo o qual os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. 4. Como é cediço, a indisponibilidade dos bens não gera a transferência de propriedade, sendo medida que visa apenas

garantir o resultado útil do processo, em caso de eventual condenação ao ressarcimento ao erário. 5. Afastada a alegação de que o bloqueio não poderia recair sobre bem de família. Com efeito, o caráter de bem de família de imóvel não tem o condão de obstar a determinação de sua indisponibilidade, uma vez que tal medida não implica a expropriação do bem. 6. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 7. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, AI 00164492820114030000 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 442000, Relatora Juíza Federal Convocada Giselle França, 6ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/01/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. MEDIDA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE DE BENS. GARANTIA DE RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO. 1. O Ministério Público Federal ajuizou medida cautelar incidentalmente à ação civil pública nº 0007409-31.2011.403.6108, em face das agravantes e demais réus, visando assegurar a indisponibilidade de bens dos réus como meio de garantir o necessário para o ressarcimento ao Erário dos danos causados pela possível realização de licitação de modo ilícito, na qual foram utilizados recursos repassados pelo FNDE ao Município de Paulistânia para aquisição de merenda escolar. 2. A indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei nº 8.429/92 e no art. 37, § 4º do Texto Maior, é cabível quando há indícios de que o ato de improbidade administrativa tenha ocasionado lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, e objetiva garantir a efetividade do processo e o ressarcimento ao Erário. 3. Na presente hipótese, a peça vestibular descreve minuciosamente os fatos ocorridos, correlacionando-os às condutas de improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/92. Além disso, há indicação específica na exordial quanto à existência de farta documentação comprobatória, que, por certo, serviu de subsídio ao magistrado para a decretação da indisponibilidade dos bens indicados. 4. Nesse sentido, o r. Juízo *a quo* atentou-se aos elementos constantes dos autos, que evidenciam a existência de dano ao patrimônio público, assim como apontam para indícios de que todos os réus têm responsabilidade nos fatos em apuração. 5. A indisponibilidade dos bens encontra-se atrelada a montante suficiente para assegurar o integral ressarcimento do dano ocorrido, ainda que tais bens tenham sido adquiridos anteriormente ao suposto ato ímprobo. Tal medida mostra-se razoável e pertinente, haja vista os elementos constantes dos autos, não havendo afronta aos princípios constitucionais nem ofensa ao direito de propriedade dos agravantes. 6. E, a indisponibilidade dos bens não gera a transferência de propriedade, sendo medida que visa apenas garantir o resultado útil do processo, em caso de eventual condenação ao ressarcimento ao erário. 7. Na hipótese vertente, evidenciado não só o *fumus boni iuris*, como também o *periculum in mora*, consubstanciado na gravidade dos fatos narrados na inicial, de sorte a assegurar a reparação dos danos ao erário, sob pena de comprometimento do resultado útil da demanda. 9. Todavia, deve ser afastado o bloqueio judicial, via BACENJUD, de ativos financeiros porventura existentes em nome dos agravantes relativos ao recebimento de salário ou aposentadoria, desde que devidamente comprovados os respectivos recebimentos nos autos originários. 8. É inadmissível a penhora de valores depositados em conta corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor, nos termos do art. 649, IV, do CPC. 9. Dessa maneira, os agravantes devem permanecer no pólo passivo da ação originária, até que seja devidamente demonstrado o grau de seu eventual envolvimento com relação aos fatos a eles imputados, bem como ao suposto dano causado ao erário público; contudo, eventual bloqueio de ativos financeiros em seu nome não deve atingir os valores relativos ao recebimento de salário e aposentadoria, desde que devidamente comprovados nos autos originários. 10. agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, AI 00266062620124030000 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 485846, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, 6ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/08/2013)

Considerando as provas colhidas nos autos da Ação de Improbidade Administrativa nº 004629-82.2002.4.03.6125 e as decisões ali proferidas, acolhendo os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal, em sua maioria, a manutenção do decreto de indisponibilidade e sequestro de bens mostra-se razoável e pertinente, não havendo afronta a qualquer princípio constitucional, nem ofensa ao direito de propriedade dos requeridos.

Evidenciado não só o *fumus boni iuris*, como também o *periculum in mora*, consubstanciado na gravidade dos fatos narrados na inicial, de sorte a assegurar a reparação dos danos ao Erário, impõe-se a manutenção das medidas constritivas sobre os bens adquiridos pelos requeridos, que encontram respaldo nos artigos. 7º e 16, § 1º, da Lei nº 8.429/92.

Ressalte-se que o *periculum in mora*, tradicionalmente compreendido como a urgência justificada do provimento, ganha contornos especiais nos casos de improbidade administrativa. Tendo em conta a gravidade das questões de improbidade, o perigo é presumido e não precisa ser comprovado caso a caso, como tem se pronunciado a jurisprudência majoritária:

APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRELIMINAR AFASTADA. AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL DERIVADA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (DESVIO DE RECURSOS DO FAT). SENTENÇA CAUTELAR DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INCIDENTES EM DESFAVOR DOS DOIS RÉUS A QUEM FOI IMPOSTA A TUTELA PREVENTIVA. MATÉRIA PRELIMINAR AFASTADA E RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. Fica afastada a preliminar de suposta ofensa ao princípio da dialeticidade, suscitada nas contrarrazões. O MPF, nas razões de recurso, indicou com suficiência os motivos de direito e de fato que o levam a requerer a reforma da decisão, sendo de rigor o conhecimento da apelação. Precedentes. 2. No mérito, o *Parquet* se opõe a sentença parcialmente procedente exarada em ação cautelar incidental, com pedido liminar de indisponibilidade de bens, fundada no artigo 7º da Lei nº 8.429/92, derivada da ação civil pública por ato de improbidade administrativa nº 2006.60.00.002681-6, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Federal de Campo Grande/MS, acerca de desvios de recursos públicos federais provenientes do Fundo de Amparo do Trabalhador - FAT, ocorridos em 1999 e 2000, no âmbito da Secretaria de Trabalho, Emprego e Renda no Estado do Mato Grosso do Sul - SETER/MS e da Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Mato Grosso do Sul - FETAGRI/MS. 3. O MPF insurge-se, especificamente, contra o desproimento da ação em face de WVL, ex-Procurador-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul, ao argumento de que a decisão adentrou no mérito da ação principal. 4. Verifica-se que a sentença, na verdade, refutou o pedido ministerial em relação a WVL por ausência de *fumus boni iuris*, constatado ao término da instrução probatória, que, em sede cautelar, objetiva investigar apenas os fatos autorizadores ou não da medida preventiva, e não a verdade acerca dos supostos fatos ímprobos. 5. No âmbito da LIA, a exposição sumária do direito ameaçado está intrinsecamente ligada à relevância do interesse tutelado na ação principal e a necessidade de resguardá-lo, ou seja, ao *fumus boni iuris*. Já o receio de lesão ou *periculum in mora* é dispensável, uma vez que implícito no próprio dispositivo legal. Precedentes. 6. No caso sub judice, finda a instrução probatória, concluiu-se que WVL, então Procurador-Geral do Estado nomeado pelo Governador, meramente reexaminou o parecer de seu antecessor, que deixou a PGE para concorrer a cargo eleitoral, não se avistando qualquer traço de conluio com os demais requeridos, supostamente envolvidos no episódio de improbidade administrativa, justificador da medida cautelar. 7. Sentença mantida no particular. 8. O ônus da sucumbência na ação civil pública está adstrita a um duplo regime. Vencida a parte autora, aplica-se o disposto nos artigos 17 e 18 da Lei nº 7.347/85. Do contrário, vencida a parte ré, aplica-se o artigo 20 do Código de Processo Civil. Precedentes. 9. Condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigidos, em desfavor de cada réu vencido, em observância aos princípios da razoa-

bilidade e da proporcionalidade, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil. 10. Recurso ministerial parcialmente provido.

(TRF 6ª Região, AC 00066801420064036000 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1649011, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, 6ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. NULIDADES. NÃO CONFIGURAÇÃO. LIMINAR. FRAUDE À LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PRESENÇA DOS REQUISITOS. ADMISSIBILIDADE. VALOR RELATIVO À PENSÃO MENSAL. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. BLOQUEIO. - O recorrente era o prefeito municipal à época da licitação e o fato de outros servidores terem realizado o procedimento não o isenta de qualquer responsabilidade sobre eventuais atos ilegais cometidos no certame, mesmo porque foi ele quem efetivamente firmou o contrato com a empresa vencedora. Ademais, o argumento de que não há prova de que a licitação foi fraudada não serve como fundamento para a suscitada ilegitimidade, já que é justamente essa a questão que está em discussão e será analisada pelo Poder Judiciário na demanda, que, ao final, poderá ser julgada improcedente se for verificada a lisura dos atos públicos. - Consoante inteligência do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, a lei pode estipular prazos de prescrição para ilícitos que gerem dano ao erário, mas as concernentes demandas compensatórias de valores estão expressamente ressalvadas e são, portanto, imprescritíveis. Precedentes do STF e do STJ. - A redação do artigo 23 da Lei nº 8.429/92 não altera esse entendimento, já que a restrição é constitucionalmente prevista. O STJ examinou a matéria também sob o enfoque do citado dispositivo e concluiu que: o art. 23 da Lei n. 8.429/92 tem âmbito de aplicação restrito às demais sanções prevista no corpo do art. 12 do mesmo diploma normativo (item 2 do REsp 1292699/MG). - Não há evidência de ofensa ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). Ao contrário, o processo segue seu curso regular e, inclusive foi determinada, na decisão agravada, a notificação dos requeridos para manifestação prévia, conforme o disposto no artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92 (fl. 544-verso). - O artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85 trata da possibilidade de o Ministério Público instaurar inquérito civil e sua redação não faz qualquer menção à obrigatoriedade de participação do investigado durante seu trâmite. Aliás, o procedimento é administrativo e serve para colher informações e provas para, consequentemente, preparar eventual ação posterior. Dessa forma, dispensa o contraditório, que deverá ser exercido em sua plenitude se ocasional demanda for ajuizada. Precedentes do STJ. - O artigo 7º da Lei nº 8.429/92 revela que tanto a lesão ao patrimônio público quanto o enriquecimento ilícito são causas de indisponibilidade, que não exige a presença concomitante das duas situações. A configuração de uma ou outra é suficiente para a determinação da medida, que é um provimento cautelar, mas, ao contrário do que afirma o recorrente, não necessita de uma ação cautelar autônoma para a sua decretação e pode perfeitamente ser deferida em sede de liminar na ação civil pública. Além disso, a demonstração da existência de indícios do dano ao erário - fumus boni iuris do feito principal - por si só legitima a concessão da aludida liminar, considerado que o periculum in mora, nessa situação, encontra-se subentendido nos já mencionados artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e artigo 7º da Lei nº 8.429/92. Precedentes do STJ. - Os documentos juntados aos autos corroboram as afirmações do órgão ministerial, na medida em que denotam que há indícios do efetivo direcionamento do certame em Itanhém, bem como sinalizam provável desvio de dinheiro público. Dessa maneira, o fumus boni iuris necessário para a decretação da indisponibilidade de bens está presente no caso concreto. - O argumento do recorrente no sentido de que há excesso no valor atribuído à indisponibilidade de bens não prospera. O montante com relação ao qual foi determinada a medida refere-se exatamente à atualização da importância que teria sido desviada e indevidamente apropriada, consoante afirma o Ministério Público Federal, cálculo que não foi contestado. Ainda que assim não fosse, no recurso não

há qualquer requerimento de redução do valor indisponibilizado. - Nas ações de improbidade, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (item 12 do REsp nº 1.319.515/ES): A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência. O que se pretende resguardar com a impenhorabilidade justamente é que o devedor seja privado do usufruto de determinados bens. Da mesma forma, a indisponibilidade é instituto que objetiva garantir um débito por meio da retirada, daquele que deve, do gozo de seu patrimônio, como no caso concreto, em que foram bloqueados ativos financeiros. - O bloqueio de valor relativo à pensão mensal deve ser imediatamente liberado, dada a impenhorabilidade absoluta do montante a ser utilizado na subsistência do recorrente. - A quebra do sigilo não possui relação com a decretação de indisponibilidade de bens. Para esta, especialmente no que toca ao BACEN-JUD, aquela é prescindível. Precedentes do STJ. - No próprio pedido do agravado, a quebra do sigilo bancário foi solicitada como pressuposto para a utilização do sistema BACENJUD de bloqueio de ativos, procedimento que é desnecessário.

(TRF 3ª Região, AI 00098085320134030000 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 502650, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, Quarta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/11/2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMAÇÃO ATIVA. FORTES INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NO ATO LESIVO. INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL. 1. Agravo de instrumento no qual se busca reforma de decisão que acolheu pedido de indisponibilidade patrimonial em sede de ação civil pública de improbidade administrativa. 2. De acordo com os autos, os documentos e informações colacionados são fortes indícios de participação do agravante nos atos de malversação de verbas públicas. Logo não prospera a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*. 3. Conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o provimento cautelar de indisponibilidade dos bens, de que trata o art. 7º parágrafo único, da Lei 8.429/1992, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano ao Erário (STJ, Segunda Turma, REsp 1135548/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON) e, quanto ao requisito do *periculum in mora*, encontra-se implícito no próprio comando legal. 4. Posicionamento adotado por esta Turma quanto à indisponibilidade de bens, exceto ativos financeiros (AGTR Nº 130081 - AL). 5. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 5ª Região, AG 00053486620134050000 AG - Agravo de Instrumento - 132524, Relator Desembargador Federal Manuel Maia, Terceira Turma, DJE - Data: 06/11/2013 - Página: 167)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JUSTIÇA GRATUITA. PROVA NOS AUTOS DA PROPRIEDADE DE INÚMEROS BENS. IMPOSSIBILIDADE DE SE BENEFICIAR DOS PRIVILÉGIOS DA LEI 1060/50. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE. NECESSIDADE DE AMPLA APURAÇÃO. FUMUS BONI IURIS. PRESENTE. PERICULUM IN MORA. IMPLÍCITO. INDISPONIBILIDADE DECRETADA DE BEM IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGTR IMPROVIDO. 1. Em relação ao requerimento de concessão da Justiça Gratuita, que foi negada em primeira instância, a decisão guerreada deve prevalecer. Isso porque, dos documentos juntados aos autos (fls. 227/238) observa-se que o recorrente possui inúmeros imóveis, revelando-se, portanto, sua situação financeira incompatível com a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária. 2. No caso presente, os elementos trazidos pelo Ministério Público Federal com a petição inicial, demonstram que há indícios suficientes da prática dos

atos de improbidade administrativa alegados. 5. A indisponibilidade de bens do promovido, fundada na alegação de prática de ato de improbidade administrativa, é medida extrema e excepcional, mas deve ser aplicada quando a inicial da ação traz ao conhecimento do Juízo elementos suficientes da existência do ilícito e indúvidos quanto à sua autoria, como se afigura no presente caso. Com efeito, o art. 7º da Lei 8429/92 possibilita a decretação de indisponibilidade dos bens do réu quando o ato de improbidade administrativa em questão houver causado dano ao erário ou ensejar enriquecimento ilícito, devendo recair sobre os bens que assegurem o integral ressarcimento do dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. 9. Neste caso específico, resta patente a presença do *fumus boni iuris*, posto que há fortes indícios de conduta ímproba praticada pelo agravante, conforme se deduz dos fatos narrados pelo *Parquet* na exordial da presente ação civil pública de improbidade administrativa. 10. No que pertine ao periculum in mora, é pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que tal pressuposto está implícito no comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92, que determina a indisponibilidade de bens na seara da ação civil pública de improbidade administrativa, não restando necessária a comprovação de que o acusado possui a intenção de dilapidar seu patrimônio, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. Precedentes: REsp 1.203.133/MT, Rel. Ministro Castro Meira, REsp 967.841/PA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 08.10.2010, REsp 1.135.548/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 22.06.2010; REsp 1.115.452/MA, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 20.04.2010. 11. Não se mostra pertinente tal alegação de impossibilidade em tornar indisponível o bem de família, visto que a medida não inviabiliza seu usufruto, apenas impossibilita o desfazimento do mesmo. Precedentes. 12. Não deve prosperar, no momento atual do processo, a alegação de excessividade na medida cautelar patrimonial quanto aos bens do agravante. É certo que em uma ação de improbidade não estão os réus apenas sujeitos a reparar possível dano quanto à vantagem pessoalmente obtida. Tem de responder, na proporção de sua participação direta ou indireta dos fatos, aos prejuízos sofridos pelo patrimônio público. Razoável, então, o bloqueio dos bens recair sobre o patrimônio do agravante, a qual se caracteriza no momento, como uma medida simplesmente acauteladora. 13. Agravo de instrumento improvido. (TRF 5ª Região, AG 00110737020124050000 AG - Agravo de Instrumento - 127791, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, DJE - Data: 29/08/2013 - Página: 259)

Em face de todo o exposto, não conheço do agravo retido e nego provimento às apelações, na forma da fundamentação.

Traslade-se cópia desta decisão para os autos da Ação de Improbidade Administrativa nº 004629-82.2002.4.03.6125 e do Agravo de Instrumento nº 0013661-17.2006.4.03.0000, convertido em agravo retido.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0003658-44.2003.4.03.6002

(2003.60.02.003658-9)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 239/241

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: ADUCI OLEGARIO DE SOUZA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CIRO BRANDANI

Classe do Processo: AC 1400568

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/08/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. MULTA DE TRÂNSITO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE DUPLA NOTIFICAÇÃO. SÚMULA 312/STJ. ARTIGO 280 E SEGUINTE, DO CTB. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência do STJ que o procedimento administrativo para imposição de multa por infração de trânsito deve englobar, sob pena de ferimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, duas notificações, a primeira, no momento da lavratura do auto de infração, ocasião em que é aberto prazo de trinta dias para o oferecimento de defesa prévia; e a segunda, por ocasião da aplicação da penalidade pela autoridade de trânsito, entendimento sintetizado na Súmula 312/STJ.

2. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, *caput*) que à lavratura do auto de infração segue-se a primeira notificação *in faciem* (art. 280, VI) ou, se detectada a falta à distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no artigo 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções 568/80 e 829/92 (art. 2º e 1º, respectivamente, do Contran).

3. Superada a fase acima e concluindo-se nesse estágio do procedimento pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282, do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos artigos 288 e 290, do CTB.

4. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade, a famigerada multa pretendida abocanhar açodadamente.

5. O agravante não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do *decisum*, limitando-se a mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziu qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada.

6. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de julho de 2014.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI (Relator):

Trata-se de agravo interposto pela UNIAO FEDERAL com fulcro no art. 557, § 1º, Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática proferida às fls. 239/241 que, nos termos do artigo 557 § 1º-A, do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à apelação interposta em face de sentença proferida nos autos de ação ordinária ajuizada em face da União e do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, com o escopo de que seja declarada a nulidade de multas aplicadas à parte apelada, e lavradas pela Polícia Rodoviária Federal, em razão de infração às normas de trânsito.

Aduz a agravante, em síntese, a ilegitimidade da parte apelada para propor a ação de anulação das multas aplicadas, haja vista que o proprietário do veículo, à época das infrações seria ANTONIO BORTOLOTTI FILHO, tendo sido as infrações lavradas contra RONALDO CARLOS GURTNER, o qual seria, a rigor, procurador do proprietário, conforme documentos acostados às fls. 46/53. Alega que a legitimidade ativa para propor a invalidação dos autos de infração seria do condutor do veículo. Assevera que a legitimidade do proprietário se restringiria a impugnar eventual impedimento ao licenciamento do veículo em decorrência das multas em tela e, jamais a invalidação da sanção administrativa aplicada a terceiro, por vício quanto ao cometimento da infração em si, cuja legitimidade estaria adstrita ao condutor do veículo. Sustenta o efetivo cumprimento de todos os requisitos legais na lavratura dos autos de infração de fls. 46/53 e na imposição da sanção de multa ao condutor do veículo.

Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento, provendo integralmente o agravo interposto.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI (Relator):

Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação interposta em face de sentença proferida nos autos de ação ordinária ajuizada em face da União e do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, com o escopo de que seja declarada a nulidade de multas aplicadas ao autor, ora apelado, e lavradas pela Polícia Rodoviária Federal em razão de infração às normas de trânsito, julgou

procedente o pedido, condenando, ainda cada no pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor dado à causa.

Aduz o autor que é proprietário de um caminhão, cujas características estão indicadas na inicial e que, ao tentar licenciá-lo em julho de 2003, tomou conhecimento da existência de 22 (vinte e duas) multas que lhe foram aplicadas, sendo-lhe condicionado o licenciamento do veículo ao pagamento das multas. Pleiteia seja-lhe concedido liminarmente o direito de licenciar o veículo, independentemente da exigência das multas, bem como requer o cancelamento das penalidades e devolução dos valores recolhidos.

Concedida a liminar pleiteada, foi interposto agravo de instrumento, convertido em retido. Após apresentação de contestações e réplica, foi proferida sentença de procedência do pedido, declarando nulos os autos de infração e determinando a devolução dos valores eventualmente recolhidos pelo autor, devidamente corrigidos pelos índices previstos na Resolução 561/07-CJF, acrescidos de juros de mora a partir do trânsito em julgado, além do pagamento de honorários advocatícios.

Os réus apelam, repisando os argumentos apresentados.

Com contrarrazões subiram os autos a este E. Tribunal.

Manifestação do Ministério Público Federal a fls. 230/233, por força do disposto no art. 75 da Lei 10.741/03, no sentido do prosseguimento do feito.

Processado o recurso, subiram os autos a esta E. Corte.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Decido.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil. De acordo com o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), ocorrendo infração, lavrar-se-á o competente auto, do qual constará:

“Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

I - tipificação da infração;

II - local, data e hora do cometimento da infração;

III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;

IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;

V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente atuador ou equipamento que comprovar a infração;

VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.”

No caso dos autos, o condutor do veículo foi devidamente identificado como sendo Ronaldo Carlos Gurtler.

Autuado o infrator, a autoridade de trânsito julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível (artigo 281 do CTB). De acordo com a norma de trânsito, o auto será arquivado e seu registro insubsistente quando “no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação” (Art. 281, p.u., II).

Essa notificação, indubitavelmente, já ocorreu por força do flagrante e sobre ela não paira qualquer discussão.

A problemática sobre a qual descursa a apelante, contudo, é outra, porquanto a lei de trânsito não se contenta apenas com a notificação da autuação (realizada), exigindo também uma outra, acerca da penalidade. É o que determina o artigo 282 do CTB:

“Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.”

É a ausência desta notificação, sobre a penalidade, reconhecida pelo douto juízo sentenciante, que ampara a pretensão do autor. Não há nos autos prova de que tenha ocorrido a notificação da penalidade imposta.

A inobservância desse procedimento viola o direito à ampla defesa e faz com que o procedimento administrativo que culminou com a penalidade seja fulminado pelo vício da nulidade. É de se observar que a própria lei assegura o direito ao recurso acerca da penalidade aplicada (§ 4º do artigo 282 e artigo 286). E mais, exige-se que a notificação seja realizada na pessoa do proprietário do veículo, responsável pelo pagamento (§ 3º).

Não consta nos autos que a apelante tenha promovido a notificação do proprietário do veículo, responsável pelo pagamento das multas. Este ônus era seu, nos moldes do artigo 333, II, do CPC.

Portanto, acertada a sentença, vez que o vício no procedimento tornam nulos os autos de infração.

Nesse sentido, pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MULTA DE TRÂNSITO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE DUPLA NOTIFICAÇÃO. SÚMULA 312/STJ. HIPÓTESE DE AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE. DESNECESSIDADE DE POSTERIOR NOTIFICAÇÃO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE PARA FINS DE DEFESA PRÉVIA. INFRAÇÃO DO CONDUTOR E DO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE DIFERENCIAÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. É entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência do STJ que o procedimento administrativo para imposição de multa por infração de trânsito deve englobar, sob pena de ferimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, duas notificações, a primeira, no momento da lavratura do auto de infração, ocasião em que é aberto prazo de trinta dias para o oferecimento de defesa prévia; e a segunda, por ocasião da aplicação da penalidade pela autoridade de trânsito, entendimento sintetizado na Súmula 312/STJ.

2. Contudo, havendo autuação em flagrante, torna-se desnecessária a primeira notificação, já que o infrator é cientificado pessoalmente no momento da infração, abrindo-se, desde logo, ao recorrente a oportunidade de apresentação de defesa prévia.

3. O Tribunal *a quo* concluiu que houve notificação em flagrante no auto de infração e nada mencionou acerca da natureza da infração.

Não se pode analisar as alegações do recorrente - seja para admitir a falta de advertência quanto à defesa prévia, seja para reconhecer que a infração diz respeito exclusivamente ao veículo, de modo que seria necessária a notificação do proprietário acerca da autuação do condutor - por pressupor o reexame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância superior conforme teor da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1246124/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 01.03.2012, DJe 06.03.2012)

“ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. NOTIFICAÇÃO DA AUTUAÇÃO. FINALIDADE: APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA. APRESENTADA A DEFESA NO PRAZO, NÃO HÁ OFENSA AO PREJUÍZO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Esta Corte tem entendimento pacífico de que, em casos de infração de trânsito, a Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) prevê duas notificações. Uma delas, a primeira, tem a finalidade de propiciar a apresentação da defesa prévia (art. 280). Precedentes.

2. O recorrente alega nulidade do processo, pois não teria recebido a notificação da autuação. No entanto, o acórdão recorrido consignou que a defesa prévia foi apresentada no prazo; assim, a ausência de notificação da autuação não se traduziu em prejuízo processual para o recorrente, não ocorrendo a nulidade alegada.

3. O Tribunal *a quo* decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ, *verbis*: ‘Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.’. O teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea ‘a’ do permissivo constitucional.

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AREsp 25734/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 01.12.2011, DJe 07.12.2011)

“ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. PENALIDADE. AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE. INFRAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO CONDUTOR. DESNECESSIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE INFRAÇÃO. EMISSÃO PER SALTUM DA NOTIFICAÇÃO DE PENALIDADE. LEGALIDADE.

1. A jurisprudência do STJ entende que, nos procedimentos administrativos para imposição de multa por infração de trânsito, deve haver duas notificações: uma quando da lavratura do auto de infração, em razão da qual se inicia o prazo de trinta dias para o oferecimento de defesa prévia; e a segunda, por ocasião da aplicação da penalidade pela autoridade de trânsito. Aplicação da Súmula nº 312 do STJ.

2. Na hipótese, contudo, a leitura do acórdão recorrido revela que (i) a autuação em flagrante foi efetuada (inclusive com assinatura da condutora - fls. 66 e 75, e-STJ) e (ii) as infrações cometidas dizem respeito exclusivamente à condução do veículo, sendo atribuíveis apenas ao condutor - e não ao proprietário.

3. Assim, não é caso de fazer incidir o referido verbete sumular, mas sim a jurisprudência tranquila desta Corte Superior no sentido de que, em casos como o presente, a autuação em flagrante vale como notificação de infração, sendo despicienda a emissão de nova notificação com o mesmo propósito - cabendo, por consequência, a emissão *per saltum* de notificação de penalidade. Precedentes.

4. Recurso especial provido.”

(REsp 1222339/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.03.2011, DJe 15.03.2011)

No tocante aos juros de mora, assiste parcial razão à apelante, pois com o advento da Lei nº 11.960/09, em 30.06.09, os juros de mora deverão ser computados nos moldes do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO ao agravo retido e, com fulcro no § 1º-A do mesmo dispositivo, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação.

Transitada em julgado a decisão, baixem os autos à E. Vara de origem.

Intimem-se.

A decisão agravada foi prolatada a teor do disposto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com a legislação aplicável à espécie e amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

Acresce-se que o agravante não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do *decisum*, limitando-se a mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziu qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0005758-77.2005.4.03.6106

(2005.61.06.005758-0)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA/SP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: GUSTAVO ALEXANDRE RIOS

Apelado: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA/SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AC 1306735

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2014

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. TÉCNICO AGROPECUÁRIO. EXPEDIÇÃO DE RECEITUÁRIO PARA VENDA DE AGROTÓXICOS. HABILITAÇÃO LEGAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

- Na espécie, pelos fatos narrados na inicial, o exposto na peça contestatória (fls. 80/85), bem como pelas alegações postas nas contrarrazões recursais (fls. 194/198) observa-se a resistência dessa autarquia ao pleito deduzido nos autos. Desse modo, não há que se falar em falta de interesse processual.

- Compulsando os autos observo que a questão central cinge-se em verificar se restou demonstrado, nos presentes autos, o alegado impedimento do apelante, portador do título de técnico em agropecuária (fls. 13), assinar receituários, prescrevendo a utilização de agrotóxico. Cabe lembrar que o livre exercício profissional é um direito fundamental assegurado pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XIII, nos seguintes termos: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;” Trata-se, portanto, de norma de eficácia contida, ou seja, possui aplicabilidade imediata, podendo, contudo, ter seu âmbito de atuação restringido por meio de lei que estabeleça quais os critérios que habilitam o profissional ao desempenho de determinada atividade, visando, assim, por meio do aferimento de sua capacitação profissional, a garantir a proteção da sociedade.

- A Lei nº 5.524/1968, que trata do exercício da profissão de técnico industrial e aplicável, igualmente, nos termos de seu artigo 6º, aos técnicos agrícolas de nível médio, prevê, em seu artigo 2º, como uma das atribuições dos profissionais em comento, “dar assistência técnica na compra, venda e utilização de produtos e equipamentos especializados.”

- A fim de garantir a execução da Lei nº 5.524/1968, foi editado o Decreto nº 90.922/85, cujo inciso XIX, do artigo 6º, com a redação conferida pelo Decreto nº 4.560, de 30/12/2002, prevê: “Art. 6º As atribuições dos técnicos agrícolas de 2º grau em suas diversas modalidades, para efeito do exercício profissional e da sua fisca-

lização, respeitados os limites de sua formação, consistem em: (...) XIX - selecionar e aplicar métodos de erradicação e controle de vetores e pragas, doenças e plantas daninhas, responsabilizando-se pela emissão de receitas de produtos agrotóxicos;”.

- Da análise da documentação apresentada na exordial, mormente da carteira de profissional habilitado pela Escola Técnica Agrícola Estadual “Professor Urias Ferreira” (fls. 15), nota-se que o apelante concluiu o curso Técnico em Agropecuária em 19/12/1998, possuindo, portanto, a prerrogativa de prescrever receituários agrônômicos, inclusive de produtos agrotóxicos, sendo ilegal e abusivo o ato do Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo (CREA/SP) de impedir a revisão das atribuições profissionais do apelante, conforme se observa pelos documentos acostados às fls. 14 e 18/20, nos quais requereu o andamento do seu pedido de revisão em 12/06/2003 (fls. 14 - Processo nº 227.6557 - PR 200013/03). Entendimento pacificado do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- Procedente o pleito do autor com o fim de ter garantido seu direito de exercer a atividade profissional como técnico agrícola, nos moldes da legislação vigente, inclusive podendo aviar receituário, conforme previsto no Decreto nº 90.922/85, inciso XIX, do artigo 6º, com a redação conferida pelo Decreto nº 4.560, de 30/12/2002, devendo, portanto, ser reformada a r. sentença.

- As razões recursais não contrapõem e não trazem qualquer fundamento de ordem legal ou constitucional capaz de desafiar o r. *decisum* a ponto de desconstituí-lo, limitando-se a reproduzir argumentos já apresentados.

- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de julho de 2014.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal interposto pelo Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo CREA/SP em face de decisão que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento à apelação de Gustavo Alexandre Rios, para reformar a sentença que julgou improcedentes a presente ação ordinária, pela qual se objetiva a declaração da licitude do exercício da profissão como técnico agrícola e agropecuário nos termos previstos na legislação, inclusive para a emissão de receituários. O pedido de liminar foi deferido às fls. 25/28.

Em seu inconformismo o Conselho Regional requer a reforma da decisão monocrática agravada, ao fundamento, em síntese, que a atribuição profissional pleiteada pelo autor (emissão de receituário agrônômico) está condicionada à grade curricular ou à formação profissional do

qual o técnico é egresso, bem assim que os artigos 4º, 5º, 6º da Lei nº 90.922/85 condicionam a autorização ao exercício das atividades ali elencadas à compatibilidade com a formação escolar. Por fim, pleiteia a reconsideração da decisão monocrática ou a submissão do seu recurso à Quarta Turma desta Corte, com o posterior provimento.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

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

Não assiste razão ao agravante.

A questão dos presentes autos foi adequadamente decidida mediante a r. decisão proferida pelo e. Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira, redigida nos seguintes termos:

(...) Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

In casu, o apelado alegou em preliminar de contestação, a falta de interesse de agir, ao fundamento de que o autor já possui, por força de Lei, a pretensão trazida a juízo, cabendo ao Conselho-réu garantir o efetivo exercício da sua profissão.

Nesse passo o MM. Juízo *a quo* acolheu a preliminar arguida pelo réu, extinguindo o feito sem julgamento de mérito, ao fundamento da carência da ação, por falta de interesse processual, por não haver resistência do réu à pretensão do autor.

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura o pleno acesso ao Poder Judiciário para a proteção dos cidadãos em caso de lesão ou ameaça a direito, desde que haja lide a justificar a atuação do Poder Judiciário como forma democrática de composição de conflitos, o que também se revela como interesse de agir (necessidade da intervenção judicial).

E, existindo lide (provável ou concreta), é perfeitamente possível o acesso à via judicial.

Na espécie, pelos fatos narrados na inicial, o exposto na peça contestatória (fls. 80/85), bem como pelas alegações postas nas contrarrazões recursais (fls. 194/198) observa-se a resistência dessa autarquia ao pleito deduzido nos autos.

Desse modo, não há que se falar em falta de interesse processual.

Assim, afastada a preliminar de carência da ação e, versando a lide sobre questão exclusivamente de direito, estando em condições de imediato julgamento, e considerando o disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 10.322/01, o qual atende o princípio constitucional da duração razoável do processo, passo ao exame do pedido contido na exordial.

Compulsando os autos observo que a questão central cinge-se em verificar se restou demonstrado, nos presentes autos, o alegado impedimento do apelante, portador do título de técnico em agropecuária (fls. 13), assinar receituários, prescrevendo a utilização de agrotóxico.

Cabe lembrar que o livre exercício profissional é um direito fundamental assegurado pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XIII, nos seguintes termos:

“XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

Trata-se, portanto, de norma de eficácia contida, ou seja, possui aplicabilidade imediata, podendo, contudo, ter seu âmbito de atuação restringido por meio de lei que estabeleça quais os critérios que habilitam o profissional ao desempenho de determinada atividade, visando, assim, por meio do aferimento de sua capacitação profissional, a garantir a proteção da sociedade.

A Lei nº 5.524/1968, que trata do exercício da profissão de técnico industrial e aplicável, igualmente, nos termos de seu artigo 6º, aos técnicos agrícolas de nível médio, prevê, em seu

artigo 2º, como uma das atribuições dos profissionais em comento, “dar assistência técnica na compra, venda e utilização de produtos e equipamentos especializados.”

Por sua vez, a fim de garantir a execução da supracitada lei, foi editado o Decreto nº 90.922/85, cujo inciso XIX, do artigo 6º, com a redação conferida pelo Decreto nº 4.560, de 30/12/2002, prevê:

“Art. 6º As atribuições dos técnicos agrícolas de 2º grau em suas diversas modalidades, para efeito do exercício profissional e da sua fiscalização, respeitados os limites de sua formação, consistem em:

(...)

XIX - selecionar e aplicar métodos de erradicação e controle de vetores e pragas, doenças e plantas daninhas, responsabilizando-se pela emissão de receitas de produtos agrotóxicos;”

Da análise da documentação apresentada na exordial, mormente da carteira de profissional habilitado pela Escola Técnica Agrícola Estadual “Professor Urias Ferreira” (fls. 15), nota-se que o apelante concluiu o curso Técnico em Agropecuária em 19/12/1998, possuindo, portanto, a prerrogativa de prescrever receituários agronômicos, inclusive de produtos agrotóxicos, sendo ilegal e abusivo o ato do Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo (CREA/SP) de impedir a revisão das atribuições profissionais do apelante, conforme se observa pelos documentos acostados às fls. 14 e 18/20, nos quais requereu o andamento do seu pedido de revisão em 12/06/2003 (fls. 14 - Processo nº 227.6557 - PR 200013/03).

Cumpre ressaltar que o C. Superior Tribunal de Justiça já pacificou seu entendimento nesse mesmo sentido, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TÉCNICOS AGRÍCOLAS DE NÍVEL MÉDIO. EXPEDIÇÃO DE RECEITUÁRIO PARA VENDA DE AGROTÓXICOS. HABILITAÇÃO LEGAL. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA Nº 83/STJ. PRECEDENTES. 1. A Primeira Seção desta Corte, interpretando a Lei nº 5.524/68, o Decreto nº 90.922/85, com a redação introduzida pelo recente Decreto nº 4.560/2002, e a Lei nº 7.802/89, pacificou o entendimento de que os técnicos agrícolas possuem habilitação legal para prescrever receituário agronômico, inclusive produtos agrotóxicos. 2. ‘Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida’ (Súmula nº 83/STJ). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.” (STJ, REsp nº 278.026/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 2ª T, j. 17/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 239) “PROCESSUAL CIVIL. TÉCNICOS AGRÍCOLAS DE SEGUNDO GRAU. PRESCRIÇÃO DE RECEITUÁRIO AGRONÔMICO. VENDA DE AGROTÓXICOS. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no artigo 535 do Código de Processo Civil, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. Inocorrentes as hipóteses de obscuridade, contradição, omissão, ou ainda erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real intento é a obtenção de efeitos infringentes. II - Restou decidido, de acordo com precedentes desta Corte Superior, que o técnico agrícola de nível médio possui habilitação para expedir receituário destinado ao uso de produtos agrotóxicos. III - Embargos rejeitados.” (STJ, EDcl no AgRg no REsp nº 203.083/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, j. 23/08/2005, DJ 07/11/2005, p. 85)

Não é outro o entendimento adotado por esta E. Corte:

“AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. TÉCNICO AGROPECUÁRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE ASSINAR RECEITUÁRIOS DE AGROTÓXICOS. 1. Da análise da documentação apresentada na exordial, mormente do Diploma emitido pela Escola Técnica Agrícola Professor Urias Ferreira, nota-se que a impetrante, ora apelada, concluiu o curso Técnico em Agropecuária, possuindo, portanto, a prerrogativa de prescrever receituários agronômicos, inclusive de produtos agrotóxicos, sendo ilegal e abusivo o ato do Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo (CREA/SP) que indeferiu o pedido de revisão das atribuições profissionais da

apelada. 2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 3. Agravo legal improvido.” (TRF3, nº 0014094-44.2012.4.03.6100, JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, 6ª T, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/08/2013)

“ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. ART. 14, § 1º, DA LEI Nº 12.016/09. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR REJEITADA. TÉCNICOS AGRÍCOLAS DE SEGUNDO GRAU. PRESCRIÇÃO DE RECEITUÁRIO AGRONÔMICO. VENDA DE AGROTÓXICOS. POSSIBILIDADE. DELIBERAÇÃO NORMATIVA DO CREA Nº 11-C E RESOLUÇÃO Nº 344/90. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO E. STJ E DESTA TURMA. I - Sujeição da sentença ao reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09. II - O Chefe da Unidade de Gestão de Inspeção em Barretos atua em delegação de atribuições do Presidente do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de São Paulo, tendo prestado informações e defendido a validade do ato impugnado. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. III - Os técnicos agrícolas de segundo grau possuem habilitação legal para expedir receitas de agrotóxicos, conforme exigido pelo art. 13, da Lei nº 7.802/89, consoante reconhecido pelos art. 2º, inciso IV e 6º, da Lei nº 5.524/68, art. 6º, inciso XIX, do Decreto nº 90.922/85, com a redação dada pelo Decreto nº 4.560/02, e art. 51, § 2º, do Decreto nº 98.816/90. IV - Nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, somente lei em sentido formal pode estabelecer os critérios que habilitam uma pessoa ao desempenho da atividade escolhida, objetivando, com essas limitações do direito individual, a proteção da sociedade, garantindo formas para se aferir a capacitação profissional. V - Incabível, mediante ato administrativo infralegal (Deliberação Normativa do CREA nº 11-C e Resolução nº 344/90), impor vedação não prevista na legislação aplicável à matéria. Ofensa ao princípio da legalidade. VI - Apelação improvida. Remessa Oficial, tida por ocorrida, improvida.” (TRF3, AMS 0006194-38.2011.4.03.6102, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, 6ª T, j. 21/02/2013, e-DJF3 28/02/2013)

“ADMINISTRATIVO - CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA - RECEITUÁRIO AGRONÔMICO - TÉCNICO AGRÍCOLA - POSSIBILIDADE. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, interpretando a Lei nº 5.524/68, o Decreto nº 90.922/85, com a redação introduzida pelo Decreto nº 4.560/2002, e a Lei nº 7.802/89, pacificou o entendimento no sentido de o técnico agrícola de nível médio possuir habilitação para expedir receituário destinado ao uso de produtos agrotóxicos.” (TRF3, AMS nº 0009258-28.2012.4.03.6100, Rel. Juiz Convocado HERBERT DE BRUYN, 6ª T, j. 21/02/2013, e-DJF3 28/02/2013)

Nesse sentido, entendo que procede o pleito do autor com o fim de ter garantido seu direito de exercer a atividade profissional como técnico agrícola, nos moldes da legislação vigente, inclusive podendo aviar receituário, conforme previsto no Decreto nº 90.922/85, inciso XIX, do artigo 6º, com a redação conferida pelo Decreto nº 4.560, de 30/12/2002, devendo, portanto, ser reformada a r. sentença.

No caso, considerados o trabalho realizado, o valor atribuído à causa (R\$ 1.000,00), a natureza da causa, bem como o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, fixo a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa. Custas e despesas processuais na forma da lei.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação para afastar a preliminar de carência da ação e, com fulcro no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, *julgo parcialmente procedente* o pedido do autor, para declarar seu direito a exercer sua atividade profissional nos moldes da legislação vigente, nos termos da fundamentação. (...)

Com efeito, as razões recursais não contrapõem e não trazem qualquer fundamento de ordem legal ou constitucional capaz de desafiar o r. *decisum* a ponto de desconstituí-lo, limitando-se a reproduzir argumentos já apresentados.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo legal, nos termos da fundamentação.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0043402-83.2006.4.03.6182
(2006.61.82.043402-7)

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA

Apelada: INSITE SERVIÇOS E COM/ LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA FISCAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Classe do Processo: AC 1604242

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2014

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MULTA - ILÍCITO - CAPITULAÇÃO LEGAL - ART. 4º, I, RDC Nº 102/2000 e 10, IV e V, LEI Nº 6.437/77 - DIVULGAÇÃO DE MEDICAMENTOS EM SERVIÇO GRATUITO DE FÓRUM DE DEBATES VIRTUAIS - ATIPICIDADE DA CONDUTA DO PROVEDOR DE INTERNET.

1. Conquanto o auto de infração constitua ato administrativo dotado de presunção “*juris tantum*” de legalidade e veracidade, sua desconstituição está autorizada mediante prova inequívoca de: (a) inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (b) atipicidade da conduta ou (c) vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

2. Dispõe o art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.437/77 ser a infração sanitária imputável a quem lhe tenha dado causa ou para ela haja concorrido. Ainda, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei nº 9.294/96, é considerada infratora a pessoa direta ou indiretamente responsável pela divulgação da peça publicitária ou do veículo de comunicação de medicamentos em desconformidade com as restrições legais.

3. A atividade da embargante não se coaduna com o exercício de qualquer tipo de “controle editorial” de conteúdo, em face do material publicado em fóruns de seu sítio eletrônico e, tampouco, com o monitoramento prévio do uso que os internautas fazem desses espaços virtuais de comunicação.

4. Os provedores de internet, em regra, não podem ser responsabilizados por informações ou mensagens lesivas, inseridas por terceiros, desde que promovam a remoção desses dados imediatamente à ciência do ilícito, como ocorreu *in casu*. Precedentes do STJ (RESP 201101271210, Ministro Sidnei Beneti; RESP 201000845120 Ministra Nancy Andrighi).

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de julho de 2014.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de embargos à execução fiscal opostos por Insite Serviços e Comércio Ltda. em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, com o objetivo de: (i) suspender a Execução Fiscal nº 2006.61.82.011535-9 até o deslinde final do Processo nº 2005.34.00.003890-8; (ii) e extinguir a ação de execução fiscal.

Informou a embargante haver sofrido a imposição de multa administrativa, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em virtude da divulgação dos medicamentos “LIPOSTABIL” e “ESSENCIALE” em sítio da internet de seu domínio.

Sustentou a ilegalidade da autuação, ao argumento de exercer atividades ligadas exclusivamente à rede mundial de computadores, em especial a disponibilização de serviços e espaços na internet (hospedagem de sites). Acresceu ter sido veiculada a divulgação dos referidos medicamentos no serviço gratuito de fórum de debates virtuais (*In fórum*) mantido em seu sítio eletrônico, não sendo responsável por publicidades e/ou informações lançadas pelos usuários e tampouco pela comercialização de produtos.

A ANVISA ofereceu impugnação intempestiva.

A sentença julgou procedente o pedido. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor do débito corrigido. Remessa oficial na forma da lei.

Em apelação, a ANVISA requereu a reforma da sentença.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador MAIRAN MAIA (Relator):

A embargante foi multada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA em virtude da divulgação dos medicamentos “LIPOSTABIL” e “ESSENCIALE” em fórum de debates virtuais mantido em sítio da internet de seu domínio.

Nos termos dos autos de infração acostados às fls. 29, 30 e 32/33, a penalidade foi imposta por descumprimento aos arts. 4º, I, da Resolução-RDC nº 102/2000 e 10, IV e V, da Lei nº 6.437/77, *in verbis*:

Resolução - RDC nº 102/2000

Art. 4º É vedado:

I - anunciar medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária nos casos exigidos por lei;

Lei nº 6.437/77

Art. 10 - São infrações sanitárias:

(...)

IV - extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, manipular, purificar, fracionar, embalar ou reembalar, importar, exportar, armazenar, expedir, transportar, comprar, vender, ceder

ou usar alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos dietéticos, de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens, saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde pública ou individual, sem registro, licença, ou autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto na legislação sanitária pertinente: pena - advertência, apreensão e inutilização, interdição, cancelamento do registro, e/ou multa; V - fazer propaganda de produtos sob vigilância sanitária, alimentos e outros, contrariando a legislação sanitária:

pena - advertência, proibição de propaganda, suspensão de venda, imposição de mensagem retificadora, suspensão de propaganda e publicidade e multa.

A conduta ilícita foi assim descrita pela autoridade sanitária:

Comercializar e divulgar os medicamentos Lipostabil e Essentiale, cujo princípio ativo é a fosfatidilcolina, por meio da página <http://inforum.insite.com.br/3257>, sem que os mesmos possuam registro nesta Agência e sem que a Empresa possua autorização de funcionamento na ANVISA (fl.29).

Aduz a embargante ser ilegal a autuação por jamais haver comercializado medicamentos, estando seu objeto social circunscrito a atividades ligadas à rede mundial de computadores, em especial a disponibilização de serviços e espaços na internet (hospedagem de sites).

Acresce ter sido veiculada a divulgação dos medicamentos “LIPOSTABIL” e “ESSENCIALE” no serviço gratuito de fórum de debates virtuais (*In fórum*) mantido em seu sítio eletrônico (www.insite.com.br), não sendo responsável por informações lançadas e publicidades intentadas pelos usuários.

A ANVISA defende a idoneidade da penalidade, ao argumento de estar a figura do mantenedor de site equiparada à do difusor de mídia tradicional, por dispor de meios para realizar controle editorial prévio mediante uso de filtros. Nesse sentido, entende deter a embargante o poder de decisão acerca do conteúdo publicado, havendo concorrido para a divulgação e subsequente comercialização dos produtos.

Em que pese a insurgência da ANVISA, merece confirmação a sentença que julgou procedente o pedido para declarar insubsistente a penhora e extinto o processo.

Conquanto o auto de infração constitua ato administrativo dotado de presunção *juris tantum* de legalidade e veracidade, sua desconstituição está autorizada mediante prova inequívoca de: (a) inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (b) atipicidade da conduta ou (c) vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

No presente caso, logrou a embargante demonstrar a ilegalidade da autuação por atipicidade de sua conduta. Senão vejamos.

Dispõe o art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.437/77 ser a infração sanitária imputável a quem lhe tenha dado causa ou para ela haja concorrido. Ainda, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei nº 9.294/96, é considerada infratora toda pessoa direta ou indiretamente responsável pela divulgação da peça publicitária ou do veículo de comunicação de medicamentos em desconformidade com as restrições legais.

Da leitura das peças e documentos dos autos exsurge clara a atipicidade do comportamento da embargante, que não deu causa ou concorreu para a divulgação dos medicamentos “LIPOSTABIL” e “ESSENCIALE”.

Consoante ressaltou o d. Juízo *a quo*, ao fundamentar a sentença recorrida, “o serviço oferecido pela embargante através de seu domínio na internet: www.insite.com.br, permite que

os usuários que se cadastrem criem novas páginas, ou seja, a embargante fornece a estrutura e o espaço para que os usuários publiquem livremente diversos conteúdos dentro de uma determinada categoria. (...) É verdadeira a alegação da embargante de que os fóruns podem ter seu conteúdo controlado pelo sistema de filtragem de palavras cujas utilizações deixem transparecer a prática de atos ilegais. Todavia, considero impossível a empresa de antemão filtrar todas as palavras que podem estar relacionadas à prática de atos ilegais, como, por exemplo, a palavra 'Lipostabil'." (fls. 170/v. e 171).

Como provedora de serviços de internet, a embargante atua na prestação de serviços ligados ao funcionamento da rede mundial de computadores, viabilizando a transmissão e o armazenamento de informações, por terceiros e mantendo espaço de debates denominado *In Fórum*.

Ao contrário do que afirma a ANVISA, a atividade da embargante não se coaduna com o exercício de qualquer tipo de "controle editorial" de conteúdo, em face do material publicado em fóruns de seu sítio eletrônico e, tampouco, com o monitoramento prévio do uso que os internautas fazem desses espaços virtuais de comunicação.

Outrossim, os provedores de internet, em regra, não podem ser responsabilizados por informações ou mensagens lesivas, inseridas por terceiros, desde que promovam a remoção desses dados imediatamente à ciência do ilícito, como ocorreu *in casu*, à vista da instrução dos autos.

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça traz precedentes no mesmo sentido, a teor da decisão consubstanciada no RESP 201101271210, de relatoria do i. Ministro Sidnei Beneti, bem como do RESP 201000845120 (DJE: 08/08/2011), em cujo voto a i. Relatora, Ministra Nancy Andrighi preleciona:

Em suma, pois, tem-se que os provedores de conteúdo: (i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.

Ainda que não ideais, certamente incapazes de conter por completo a utilização da rede para fins nocivos, a solução ora proposta se afigura como a que melhor equaciona os direitos e deveres dos diversos players do mundo virtual. (fls. 13/14)

A matéria recebeu, ainda, idêntico tratamento por esta Corte, consoante denota a seguinte ementa, tirada de decisão de relatoria da i. Desembargadora Consuelo Yoshida:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. EDITORA. COMÉRCIO DE REVISTAS. INTERNET. FÓRUM DE DISCUSSÕES. RESPONSABILIDADE SOBRE CONTEÚDO HOSPEDADO. DIVULGAÇÃO DE PRODUTO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. MULTA POR INFRINGÊNCIA À LEGISLAÇÃO SANITÁRIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO ATENDIMENTO. IRRESPONSABILIDADE POR CONTEÚDO ALHEIO. 1. É competência da Anvisa, nos termos do art. 1º, da Lei nº 9.782/99, exercer as atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária, tendo sido a penalidade imposta, *in casu*, em razão de violação do art. 10, V da Lei nº 6.437/77, que proíbe a propaganda de produtos sob vigilância sanitária, alimentos e outros, contrariando a legislação sanitária, bem como do art. 4º, da Resolução Anvisa - RDC nº 102/2000, que veda o anúncio de medicamentos não registrados pela Anvisa 2. A apelada, cujo objeto é a

atividade editorial, presta serviços de comércio de revistas, disponibilizando aos seus leitores, paralelamente, em site próprio, fóruns de discussões virtuais, objetivando ampliar a troca de informações entre os leitores de suas publicações acerca de temas tratados nas revistas por ela comercializadas e, muito embora seja responsável pela moderação e retirada de mensagens impertinentes, ofensivas ou ilegais, não há dúvidas de que a exigência por parte da Anvisa de que aquela exerça o controle concomitante e imediato do cumprimento da legislação sanitária sobre todo o conteúdo hospedado em seus sites mostra-se destituída de razoabilidade. 3. A apelada, tão logo tomou ciência da publicidade do medicamento no fórum de discussão, providenciou a imediata exclusão da mensagem indevida do ambiente virtual, inferindo-se, pois, que a autuação foi levada a efeito descurando dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e finalidade, que devem orientar os atos administrativos de modo geral, nos termos do previsto no art. 2º, da Lei nº 9.784/1999, reguladora do processo administrativo em âmbito federal. 4. Inexistindo nos autos comprovação de que a apelada tenha agido com culpa, sob qualquer de suas modalidades, não há que se falar em sua responsabilização por veiculação em fórum de discussão hospedado em seu site, cuja ilegalidade não era notória. 5. Apelação e remessa oficial improvidas. (APELREEX 00256123620094036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 16/08/2013.)

Diante do exposto, não se nos afigura legítima a penalidade administrativa de multa impingida à embargante em virtude da divulgação, por terceiros, de medicamentos em sítio da internet de seu domínio.

Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre do débito corrigido monetariamente, porquanto em consonância com o art. 20, § 4º do CPC.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0018948-48.2012.4.03.0000

(2012.03.00.018948-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravado: PAULO CEZAR VAZ FERNANDES (incapaz)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 479304

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2014

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão (fls. 25/28 do processo originário - fl. 39/42 do instrumento) que *deferiu o pedido de antecipação de tutela* em ação ordinária para determinar aos Réus que forneçam, no prazo de 10 (dez) dias, ao Autor, o equipamento BIPAP (Ventilador Trilogy 100), Oxigênio Medicinal (bala de oxigênio com kit) e um aspirador cirúrgico, com aplicação de multa de R\$ 600,00 por dia de descumprimento.

Narra a petição inicial que o autor Paulo Cezar Vaz Fernandes encontra-se em *estado vegetativo* persistente e internado em ambiente hospitalar desde 08/08/2011, em decorrência de Acidente Vascular Encefálico Hemorrágico - AVEH.

Salienta que diante das sequelas deixadas pelo AVEH e do seu atual estado vegetativo, necessita fazer uso do equipamento BIPAP e, no caso do estado de saúde em que se encontra o autor, com baixa imunidade imunológica, a sua permanência em ambiente hospitalar acentua o risco de contrair doenças infecciosas.

Aduz que a necessidade do fornecimento do equipamento para que possa ser transferido para sua residência se comprova não só pela melhora da qualidade de vida do paciente, como também de sua família, que se obriga diariamente a acompanhá-lo no hospital em que está internado.

Sustenta que não possui condições financeiras para arcar com tais despesas (estimadas em R\$ 93.000,00 para um ano) uma vez que sua renda familiar é de R\$ 2.000,00 por mês.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido, sendo esta a decisão agravada.

Nas razões recursais a União Federal argui a sua ilegitimidade passiva e, no mais, sustenta que a garantia à saúde não pode vir em benefício de alguns através de atos isolados em detrimento da coletividade e que a concessão de equipamentos fora dos critérios estabelecidos acarreta efeitos nefastos para os demais beneficiários coletivamente considerados.

Requer assim a atribuição de efeito suspensivo (fl. 12) à decisão agravada ante a ausência de prova inequívoca da alegação, verossimilhança da alegação e ausência de ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação para o autor da ação.

Decido.

Por primeiro, resalto ser correto o alojamento da União, do Estado e do Município no polo passivo da demanda, conforme deflui da organicidade do SUS ventilada no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/90.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO DE EXORBITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos.

2.

(AgRg no AREsp 510.163/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014)

Desta Corte Regional cito ainda os seguintes precedentes: processo nº 2008.63.01.049566-0/SP, AC 1758214 -, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. em 18/10/2012, v.u., e-DJF3 de 26/10/2012; processo nº 2011.03.00.034590-4/SP, AI 458535, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida.

Cabe ao Poder Público, *obrigatoriamente*, zelar pela saúde de todos, disponibilizando àqueles que precisarem de prestações atinentes à saúde pública, os meios necessários à sua obtenção, ainda que estes não estejam aprovados pelo órgão competente. Tal determinação não configuraria ato ilícito por parte da administração, muito pelo contrário significa proteção à vida, que é direito fundamental protegido constitucionalmente.

Nesse sentido o autor postula serviços de “home care”, os quais evidentemente insinuam-se na dicção da Lei nº 8.080/90, cujo artigo 7º assegura como diretriz: “II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Constato que o próprio Poder Público passou a festejar a iniciativa dele mesmo de instituir no SUS o serviço de “home care” acessível a todos os que dele necessitassem. Para prová-lo, transcrevo auspiciosa notícia veiculada no “site” de *internet* do Ministério da Saúde, no dia 25/08/2011, às 18h20, como segue (disponível em www2.planalto.gov.br/excluir-historico-nao-sera-migrado/atencao-domiciliar-e-garantida-no-sus):

Atenção Domiciliar é garantida no SUS

25/08/2011 às 18h18

O Ministério da Saúde amplia a assistência aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) a partir desta quinta-feira (25). Por meio da Portaria 2.029 (parte 1 e parte 2), os pacientes do SUS passam a ter acesso ao Serviço de Atenção Domiciliar (SAD), que será prestado na residência e com a garantia de continuidade dos cuidados à saúde do paciente. O SAD é substitutivo ou complementar à internação hospitalar e ao atendimento ambulatorial, com foco na assistência humanizada e integrado às redes de atenção disponíveis na rede pública de saúde. “É melhor para o paciente terminar a recuperação na cada dele porque ali ele está em um ambiente humanizado, acolhedor e recebendo os cuidados de equipes profissionais capacitadas para dar continuidade ao tratamento”, explica o ministro da Saúde, Alexandre Padilha. “Com a redução do período de permanência de pacientes internados, conseguiremos dar maior autonomia a eles e descongestionar os hospitais, liberando mais leitos para outros usuários do SUS”, completa o ministro.

O Serviço de Atenção Domiciliar está inserido no contexto das Redes de Atenção à Saúde do SUS, também conhecidas como “Saúde Toda Hora”. De acordo com a Portaria 2.029, o SAD poderá ser oferecido aos pacientes com condições de concluir o tratamento em domicílio,

conforme diagnóstico médico.

“Estamos dando um novo impulso para este tipo de assistência no SUS, integrada à toda a rede de atendimento, como as unidades básicas de saúde, as UPAS (Unidades de Pronto Atendimento 24 horas), o SAMU e a Estratégia Saúde da Família”, destaca o secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, Helvécio Magalhães.

Pessoas com necessidade de reabilitação motora, idosos, pacientes crônicos sem agravamento ou em situação pós-cirúrgica, por exemplo, poderão ser cuidados pelo Serviço de Atenção Domiciliar. De acordo com a portaria, só não terão acesso ao SAD pacientes que demandem monitoramento ininterrupto (como aqueles que necessitam de ventilação mecânica), assistência contínua de enfermagem ou tratamento cirúrgico. Casos como esses deverão ter a internação hospitalar ou os cuidados ambulatoriais mantidos.

CUIDADORES - Os profissionais de saúde ou “cuidadores” do SAD serão organizados em Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar (EMAD) e Equipes Multiprofissionais de Apoio (EMAP), que darão suporte às EMADs, quando necessário. Cada EMAD deverá atender, em média, a uma população de 60 habitantes e também poderá contar com o auxílio de profissionais que atuam no Saúde da Família.

As Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar farão visitas regulares às residências dos pacientes. Elas serão compostas por até dois médicos, até dois enfermeiros, um fisioterapeuta ou um assistente social e quatro auxiliares/técnicos de enfermagem. As EMADs atuarão durante a semana e também aos sábados e domingos (em regime de plantão). Os equipamentos e materiais necessários para o trabalho das equipes deverão ser garantidos pelas unidades de saúde do respectivo município ou estado aos quais as EMADs estão vinculadas.

FINANCIAMENTO - O Ministério da Saúde financiará 80% dos custos de cada Equipe Multiprofissional de Atenção Domiciliar. Por mês, serão garantidos R\$ 34.560 para o custeio das EMADs, recursos que serão transferidos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos municipais ou estaduais de saúde.

Para a habilitação do SAD, as secretarias de saúde deverão apresentar, ao Ministério da Saúde, o detalhamento do Componente Atenção Domiciliar inserido no Plano de Ação Regional da Rede de Atenção às Urgências. A previsão é que 250 Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar estejam estruturadas até o final do ano. A meta é chegar a mil equipes até 2014.

Esse programa - alcunhado de “Melhor em Casa” - fora lançado pela Presidente da República, sr^a Dilma Rousseff, e pelo Ministro da Saúde, em 08/11/2011; o pronunciamento da primeira, de 9 minutos e 31 segundos, pode ser assistido pelo *youtube* da *internet*, disponível que se encontra pelo menos até a data de hoje).

Foi repercutido no *site* de notícias do Palácio do Planalto, e de seu teor destaco os seguintes trechos:

(...)

O Melhor em Casa, é um sistema de tratamento médico domiciliar que será implantado gradativamente em todo o território nacional para atender os doentes crônicos, os idosos, os pacientes em recuperação de cirurgias e as pessoas com necessidade de reabilitação motora. Esses pacientes terão visitas regulares de médicos e enfermeiros em suas próprias casas. Vão receber medicamentos e, se necessário, equipamentos fornecidos gratuitamente pelo governo. Tudo isso, perto do carinho de suas famílias, protegidos dos riscos de infecções e outras pressões psicológicas causadas por hospitais sobrecarregados.

(...)

Tão importante quanto seus efeitos é a mudança de atitude que eles representam, pois significam também uma parceria e divisão de responsabilidade entre os governos federal, estadual e municipal. Por isso, fiz questão de convidar governadores e prefeitos para firmarmos hoje um pacto de emergência republicana, na área da saúde. Um pacto onde cada um tem que as-

sumir sua responsabilidade e não fugir jamais aos desafios. Da parte do governo federal isso significa uma lição de humildade e de coragem. Humildade para reconhecer que a situação da saúde pública não está boa e precisa melhorar; coragem, porque estamos atraindo para nós a responsabilidade de liderar este processo.

Não tenho medo de assumir essa tarefa. Mas quero pedir a vocês compreensão e consciência do esforço que o Brasil tem feito e precisa fazer cada vez mais em favor da melhoria da saúde.
(...)

Ora, se esse programa “Melhor em Casa” - em tudo similar a “home care” prestada particularmente - foi já implantado e está em vias de crescimento (o governo federal anunciou que vai dispor de R\$ 1 bilhão para financiar mil equipes e 400 grupos de apoio até 2014), e espera-se que, como já são passados mais de dois anos, tudo não tenha passado de mera propaganda, de falácia.

Sendo, como se espera, um programa de governo vinculado ao SUS (onde existe a solidariedade entre as três ordens executivas, como já vimos), não tem propósito que seja negado esse serviço ao autor, pois é evidente que ele dele necessita conforme emerge sem sombra de dúvidas dos documentos que formam o instrumento.

Seria estranho que, na hora em que um cidadão necessita do programa “Melhor em Casa” - ou de equipamentos que revelem esse cuidado domiciliar - alguém, da parte do Poder Executivo da União, do Estado, ou do Município, que o lançou e instituiu, viesse dizer que o *mesmo não existe ou não está disponível*, desmentindo o lançamento feito de público pelas autoridades.

Como bem colocado na r. decisão agravada, “a manutenção do Autor na Unidade Hospitalar, ao que tudo indica, enseja maior custo para a sociedade que sua permanência no âmbito doméstico; logo, seu tratamento domiciliar atende mais aos princípios da eficiência e da economia na gestão da coisa pública.”

Logo, a interlocutória merece ser mantida.

Pelo exposto, *indefiro* o pleito de fl. 12.

Comunique-se e intime-se.

À contraminuta.

Após, ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

São Paulo, 27 de junho de 2014.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0018599-74.2014.4.03.0000

(2014.03.00.018599-9)

Requerente: ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - OMB SP

Requerido: SINDICATO DOS MÚSICOS PROFISSIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO - PRESIDENTE

Classe do Processo: SLAT 2989

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2014

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de medida liminar concedida parcialmente em Mandado de Segurança Coletivo, para determinar que a Ordem dos Músicos do Brasil se abstenha de exigir, dos músicos do Estado de São Paulo, o pagamento de anuidades e o porte de carteira profissional, para o exercício da atividade profissional.

É uma síntese do necessário.

O artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, *é literal*: “*é livre a expressão da atividade (...) artística, independentemente de (...) licença*”.

A Lei Federal nº 3.857/60 *não* foi objeto de *recepção* pela Constituição Federal de 1988, porque disciplina, *exatamente*, as condições para que os artistas possam alcançar a licença.

No Capítulo II, da lei ordinária, sob o Título “Das condições para o exercício profissional”, as exigências:

Art. 28. É livre o exercício da profissão de músico, em todo o território nacional, observados o requisito da capacidade técnica e demais condições estipuladas em lei;

a) aos diplomados pela Escola Nacional de Música da Universidade do Brasil ou por estabelecimentos equiparados ou reconhecidos;

b) aos diplomados pelo Conservatório Nacional de Canto Orfeônico;

c) aos diplomados por conservatórios, escolas ou institutos estrangeiros de ensino superior de música, legalmente reconhecidos, desde que tenham revalidados os seus diplomas no país na forma da lei;

d) aos professores catedráticos e aos maestros de renome internacional que dirijam ou tenham dirigido orquestras ou coros oficiais;

e) aos alunos dos dois últimos anos, dos cursos de composição, regência ou de qualquer instrumento da Escola Nacional de Música ou estabelecimentos equiparados ou reconhecidos;

f) aos músicos de qualquer gênero ou especialidade que estejam em atividade profissional devidamente comprovada, na data da publicação da presente lei;

g) os músicos que forem aprovados em exame prestado perante banca examinadora, constituída de três especialistas, no mínimo, indicados pela Ordem e pelos sindicatos de músicos do local e nomeados pela autoridade competente do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Se convencida do mérito artístico-musical, a corporação autoriza a concessão da licença: “Aos músicos a que se referem às alíneas ‘f’ e ‘g’ deste artigo será concedido certificado que os habilite ao exercício da profissão” (§ 1º do mesmo artigo).

A *incompatibilidade* da lei com a Constituição Federal é patente. Ocorreu a revogação da espécie normativa de gradação inferior.

A questão foi esclarecida pelo *Supremo Tribunal Federal*, em âmbito de *repercussão geral*:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. *INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL (OMB). PAGAMENTO DE ANUIDADES. NÃO OBRIGATORIEDADE. OFENSA À GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, DA CF). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.*

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 414.426, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 10-10-2011, firmou o entendimento de que a *atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, sendo, por isso, incompatível com a Constituição Federal de 1988 a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício de tal profissão.*

2. Recurso extraordinário provido, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria (o destaque não é original).

(RE 795467 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 05/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014).

Por estes fundamentos, *indefiro* o pedido de suspensão da medida liminar.

Publique-se e intime-se.

Ciência à PRR.

São Paulo, 06 de agosto de 2014.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0000765-63.2007.4.03.6124
(2007.61.24.000765-3)

Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SP
Apelado: EUPHLY JALLES (espólio)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
Classe do Processo: AC 1277711
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/06/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA OAB VISANDO DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE ENFITEUSE NO MUNICÍPIO DE JALES. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIVISÍVEIS E DISPONÍVEIS, ORIUNDOS DE RELAÇÃO JURÍDICA TÍPICAMENTE DE DIREITO PRIVADO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ILEGITIMIDADE ATIVA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Apelação interposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, contra sentença que indeferiu a petição inicial de ação civil pública ajuizada contra o ESPÓLIO DE EUPHLY JALLES visando a declaração de inexigibilidade de cobrança de foro ou laudêmio sobre imóveis localizados no município de JALES/SP.
2. A enfiteuse é direito real sobre coisa alheia (CC/1916, artigo 674, I), e somente se adquire com a transcrição ou inscrição - atualmente denominada registro - no Registro de Imóveis (CC/1916, artigo 676, CC/2002, artigo 1.227). Trata-se de instituto de direito privado, ainda que diplomas específicos disponham especificamente sobre a aplicação do instituto a bens públicos, do que é exemplo o Decreto-Lei nº 9.760/1946.
3. O alegado vício na constituição da enfiteuse não tem o condão de transformar a reunião dos interesses individuais de cada um dos foreiros em interesse difuso. São relações de direitos patrimoniais disponíveis, formando um conjunto de interesses perfeitamente divisíveis.
4. As relações entre senhorio e foreiros não se encontram incluídas na abrangência do direito consumerista. É descabida a pretensão da apelante em caracterizar os foreiros como consumidores ao invocar o artigo 17 do CDC, pois este dispositivo insere-se na Seção II, que discorre sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.
5. De acordo com definição legal, extraída do inciso III do parágrafo único do artigo 81 do CDC, são interesses ou direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum - como se vê do relato e do pedido da autora, a origem comum é a enfiteuse instituída sobre bens imóveis agora incluídos no espólio de Euphly Jalles.
6. É certo que o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento sobre a desnecessidade do requisito da pertinência temática em ação civil pública ajuizada pela OAB, mas nesse caso visava-se a defesa do patrimônio urbanístico, cultural e histórico, fundando-se o julgado na possibilidade de defesa de direitos coletivos e difusos.
7. Entretanto, isto não leva à conclusão de que a OAB está legitimada para propor ação civil pública sobre qualquer matéria - como no caso dos autos, sobre direitos

individuais homogêneos disponíveis derivados de relação jurídica tipicamente de direito privado (enfiteuse) - mas apenas e tão somente sobre as matérias elencadas no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública.

8. Conforme dispõe o inciso IV do artigo 1º da LACP, caberá ação civil pública, além das hipóteses expressamente definidas nos demais incisos, quando se discuta a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, excluindo os direitos individuais homogêneos não relacionados aos temas elencados nos demais incisos.

9. Uma vez não identificados direitos difusos ou coletivos a requererem tutela judicial, nem se tratando de direitos individuais homogêneos ligados às relações de consumo, meio-ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, tampouco por infração de ordem econômica ou à ordem urbanística, concluo pela ilegitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo - para o ajuizamento da presente ação civil pública, ante a ausência de previsão legal.

10. Apelação improvida.

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

São Paulo, 10 de junho de 2014.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, contra sentença de fls. 641-645 que indeferiu a petição inicial de ação civil pública ajuizada contra o ESPÓLIO DE EUPHLY JALLES visando a declaração de inexigibilidade de cobrança de foro ou laudêmio sobre imóveis localizados no município de JALES/SP, localizados na região central, entre as ruas 02 a 24 e 01 a 27 e nos bairros Santo Expedito e Vila Ignês, e extinguiu o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa, nos termos dos artigos 267, inciso I, e 295, inciso II, ambos do CPC - Código de Processo Civil.

Argumenta a autora, ora apelante, que embora os proprietários dos imóveis estejam sendo individualmente lesados, trata-se de um fato de origem comum, sendo que tais situações jurídicas individuais possuem um elo comum a requerer uma atuação coletiva na defesa de todos os interessados, uma vez que trata-se de direito individual homogêneo a legitimar a sua atuação.

Sustenta a apelante que não há dúvida quanto à legitimidade da OAB para atuar como substituta processual, defendendo em nome próprio os interesses de milhares de consumidores.

Sustenta também que a Seção de São Paulo da OAB goza da mesma legitimidade e atribuições do Conselho Federal, conforme dispõe o artigo 57 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994). Aduz que o artigo 44 do EAOAB, em seu inciso I, estabelece como fins da entidade a defesa da Constituição, da ordem jurídica do

Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social, bem como pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Aduz que a ação diz respeito à proteção da dignidade humana dos cidadãos do município de Jales afetados por *enfiteuse eivada* de vício formal e que os submete ao pagamento de laudêmio e os impede do pleno gozo da propriedade.

Sustenta ainda a plena aplicabilidade das disposições do CDC - Código de Defesa do Consumidor, ao argumento de que o conceito de consumidor é mais amplo que o dado em seu artigo 2º, invocando a figura da “vítima do evento”, nos termos do artigo 17 do CDC. Argui que a Seção de São Paulo da OAB é legítima para a proposição da Ação Civil Pública, uma vez que esta visa impedir que os cidadãos sejam compelidos ao pagamento de laudêmio decorrente de *enfiteuse* juridicamente questionável, concluindo estarem presentes não apenas direitos individuais homogêneos como interesses difusos, o que demonstraria sua legitimidade para atuar como substituta processual.

Sustenta também a apelante que ainda que os prejuízos dos cidadãos sejam divisíveis e tais pessoas sejam determináveis, o direito é tutelado pela ação civil pública, nos termos do artigo 81, inciso III do CDC.

Argumenta também a autora que os precedentes invocados na sentença apelada não se aplicam ao caso dos autos, pois não está se insurgindo contra a cobrança de tributo, contribuições previdenciárias ou outros fundos de natureza institucional, mas contra a exigência de foro e laudêmio.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 673-674, opina pelo desprovisionamento do recurso.

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):

A *enfiteuse* é direito real sobre coisa alheia (CC/1916, artigo 674, I), e somente se adquire com a transcrição ou inscrição - atualmente denominada registro - no Registro de Imóveis (CC/1916, artigo 676, CC/2002, artigo 1.227).

Evidentemente, trata-se de instituto de direito privado, ainda que diplomas específicos disponham especificamente sobre a aplicação do instituto a bens públicos, do que é exemplo o Decreto-Lei nº 9.760/1946.

O alegado vício na constituição da *enfiteuse*, entretanto, não teria o condão de transformar a reunião dos interesses individuais de cada um dos foreiros em interesse difuso. São relações de direitos patrimoniais disponíveis, formando um conjunto de interesses perfeitamente divisíveis.

A própria autora reconhece que se tratam de direitos individuais, perfeitamente divisíveis e disponíveis, sustentando entretanto que se encontram abrangidos pelas normas do CDC - Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, as relações entre senhorio e foreiros não se encontram incluídas na abrangên-

cia do direito consumerista. É descabida a pretensão da apelante em caracterizar os foreiros como consumidores ao invocar o artigo 17 do CDC, pois este dispositivo não pode ser aproveitado apenas na parte que lhe interessa. Diz o citado artigo que, “*para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*” (grifei).

O artigo 17 insere-se na Seção II do CDC, que discorre sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Serão vítimas do fato, portanto, aquelas que vierem a sofrer danos causados por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmula, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, como prevê o artigo 12 do CDC. Nenhuma das características elencadas se aplica à relação entre os enfiteutas e o senhorio direto, nem mesmo por interpretação extensiva ou analógica.

Afastada a hipótese de relação consumerista, verifico ser também descabida a tese da apelante de que estariam presentes interesses difusos a serem tutelados (fl. 661). De acordo com definição legal, extraída do inciso III do parágrafo único do artigo 81 do CDC, são interesses ou direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum - como se vê do relato e do pedido da autora, a origem comum é a enfiteuse instituída sobre bens imóveis agora incluídos no espólio de Euphly Jalles, cuja regularidade só poderá ser apreciada no mérito propriamente dito.

Com a devida *vênia*, também não procede o argumento da apelante de que gozaria de legitimidade “para atuar como substituta processual, defendendo em nome próprio os interesses de milhares de consumidores” (fl. 653). Não há que se falar em substituição processual sem expressa previsão legal que lhe confira legitimação extraordinária.

A legitimação extraordinária depende de escolha prévia do legislador que, em juízo político e abstrato, estabelecerá as pessoas físicas, jurídicas ou mesmo entidades despersonalizadas autorizadas a atuar, em nome próprio, na defesa de direitos e interesses de terceiros ou, como no presente caso, na defesa de interesses transindividuais.

Nesta seara se situa o comando do inciso XIV do artigo 54 da Lei nº 8.906/1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que delimita a competência do Conselho Federal da OAB a ajuizar quaisquer ações, inclusive a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, entre outras, em que a “legitimação lhe seja obrigada por lei”.

Estabeleceu o legislador ordinário que as autarquias, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil, têm legitimidade para propor ação civil pública principal e cautelar, prevendo-o no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

...

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 12.966, de 2014)

É certo, portanto, inexistir o requisito específico de pertinência temática para as autarquias na Lei da Ação Civil Pública, limitação esta que se aplicaria apenas às associações (inciso V, alínea “b”). Também é certo que o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento sobre a desnecessidade do requisito da pertinência temática em ação civil pública ajuizada pela OAB, mas nesse caso visava-se a defesa do patrimônio urbanístico, cultural e histórico, fundando-se o julgado na possibilidade de defesa de direitos coletivos e difusos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO SECCIONAL. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO URBANÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO. LIMITAÇÃO POR PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INCABÍVEL. LEITURA SISTEMÁTICA DO ART. 54, XIV, COM O ART. 44, I, DA LEI 8.906/94. DEFESA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO ESTADO DE DIREITO E DA JUSTIÇA SOCIAL.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que manteve a sentença que extinguiu, sem apreciação do mérito, uma ação civil pública ajuizada pelo conselho seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em prol da proteção do patrimônio urbanístico, cultural e histórico local; a recorrente alega violação dos arts. 44, 45, § 2º, 54, XIV, e 59, todos da Lei nº 8.906/94.

2. Os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei nº 8.906/84.

3. A legitimidade ativa - fixada no art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94 - para propositura de ações civis públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade - que possui caráter peculiar no mundo jurídico - por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos.

Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1351760/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013)

Entretanto, isto não leva à conclusão de que a OAB está legitimada para propor ação civil pública sobre qualquer matéria - como no caso dos autos, sobre direitos individuais homogêneos disponíveis derivados de relação jurídica tipicamente de direito privado (enfiteuse) - mas apenas e tão somente sobre as matérias elencadas no artigo 1º da LACP:

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).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Conforme dispõe o inciso IV do artigo 1º da LACP, caberá ação civil pública, além das hipóteses expressamente definidas nos demais incisos, quando se discuta a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, excluindo os direitos individuais homogêneos não relacionados aos temas elencados nos demais incisos.

Nem se diga que o inciso IV deixou de fazer referência aos direitos individuais homogêneos porque esta categoria de direitos já estaria inserta entre os direitos coletivos e difusos. O referido inciso foi incluído na LACP pelo artigo 110 do mesmo Código de Defesa do Consumidor que deu definição legal aos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (respectivamente, incisos I, II e III do parágrafo único do artigo 81). Fosse intenção do legislador legitimar extraordinariamente as autarquias para propor ação civil pública versando sobre danos a *qualquer* direito individual homogêneo, a hipótese também teria sido incluída no inciso IV do parágrafo único do artigo 81 da LACP.

No caso dos autos, uma vez não identificados direitos difusos ou coletivos a requererem tutela judicial, nem se tratando de direitos individuais homogêneos ligados às relações de consumo, meio-ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, tampouco por infração de ordem econômica ou à ordem urbanística, concluo pela ilegitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo - para o ajuizamento da presente ação civil pública, ante a ausência de previsão legal.

Dessa forma, é de todo pertinente o julgado invocado na r. sentença apelada, que tratou da ilegitimidade da OAB para ajuizar ação civil pública questionado tributo, posto que trata-se de matéria não prevista no inciso I do artigo 1º da LACP:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. ILEGITIMIDADE DA SUBSEÇÃO DA OAB. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ART. 54 DA LEI Nº 8.906/94.

1. As Subseções da OAB, carecendo de personalidade jurídica própria, não possuem legitimidade para propositura de ação coletiva.

2. A OAB (Conselho Federal e Seccionais) somente possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados, e não de todos os municípios.

3. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 331.403/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 29/05/2006, p. 207)

De maneira análoga, a pretensão veiculada na presente ação civil pública não se encontra elencada no artigo 1º da LACP, nem tampouco cuida-se de direitos difusos ou coletivos, ou de direitos individuais derivados de relação de consumo. Como visto, cuidam-se de direitos individuais homogêneos, divisíveis e disponíveis, derivados de relação jurídica tipicamente de direito privado - enfiteuse. Assim, não tem a OAB legitimidade ativa.

Pelo exposto, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0024046-23.2007.4.03.6100
(2007.61.00.024046-8)

Apelantes: ANTONIO SILVIO AMARAL COSTA E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Apelados: OS MESMOS

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

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: AC 1429668

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/06/2014

EMENTA

DIREITO PRIVADO. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. CARTA DE CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE GARANTIA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. IMÓVEL OBJETO DE ARREMATACÃO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA.

I - Caso dos autos em que resta infirmada hipótese de descumprimento de obrigação contratual, a carta de crédito, por si só, não garantindo a celebração do contrato de financiamento imobiliário, cuja assinatura depende do preenchimento de requisitos outros, os quais não se afiguram preenchidos.

II - Situação de meros aborrecimentos e dissabores que não gera direito a indenização por danos morais. Precedentes.

III - Recurso da CEF provido para julgar-se improcedente a ação. Recurso do autor desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso da CEF e negar provimento ao recurso do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de “ação de obrigação de fazer cumulada com perdas e danos” proposta por Antonio Silvio Amaral Costa em face da CEF, objetivando a condenação da ré à efetivação do financiamento imobiliário firmado entre as partes e ao pagamento de indenização por danos morais em valor não inferior a 100 salários mínimos.

Narra a inicial que “Após AVALIAÇÃO E APROVAÇÃO do LIMITE DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO pela RÉ, no valor de R\$ 228.000,00 (Docs. anexos), para aquisição ESPECÍFICA

do imóvel localizado nesta Capital-SP, na Rua Raimundo Simão de Souza, nº 51 - Apto 06, no Bairro Parque Morumbi, registrado no 18º Cartório de Registro de Imóveis sob a Matrícula nº 77.208, *livro* 02, o AUTOR sentiu-se seguro para apresentar PROPOSTA DE ARREMATAÇÃO E AQUISIÇÃO EM PRESTAÇÕES, do referido bem imóvel (Docs. anexos), na Praça/Leilão Judicial realizada no setor de Hastas Públicas do Foro Central da Capital, datada de 16.03.2007, designada nos autos da Carta de Sentença originária de Execução de Título Judicial, Processo nº 583.00.1999.067389-0/001, em curso perante a 22 Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital/SP” (fl. 03), para tanto instruindo a proposta com a referida carta de crédito e efetuando o pagamento de R\$ 108.000,00 (cento e oito mil reais), equivalente a 30% do valor do lance, no ato da arrematação, comprometendo-se a efetuar a complementação do valor restante (R\$ 252.000,00) no prazo de quarenta e cinco dias, todavia não providenciando a ré a liberação do valor constante da carta de crédito, obrigando o autor a requerer a prorrogação, por três vezes, do prazo inicialmente estipulado para a complementação do pagamento e somente depois de decorridos cinco meses comunicando-lhe a ré, verbalmente, a impossibilidade de liberação do crédito porque “não há previsão legal no Sistema Financeiro de Habitação para esta operação com a arrematação”.

Afirma o autor, em síntese, que a CEF tinha ciência, através da certidão de matrícula do imóvel, exigida para compor o processo de aprovação do financiamento, que o bem estava gravado de ônus (penhora), sustentando violação ao princípio da boa-fé objetiva, que deve estar presente nas relações contratuais, bem como ao princípio da vinculação da oferta, previsto nos artigos 30 e 35 do CDC. Aponta como elementos caracterizadores do dano moral a expectativa frustrada de aquisição do imóvel e o medo de perder a garantia depositada em juízo, situação que repercutiu desastrosamente em seu equilíbrio emocional.

Proferida sentença de parcial procedência do pedido apenas para condenar a CEF a pagar ao autor a quantia de R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais) a título de danos morais (fls. 188/192-verso), fixando-se sucumbência recíproca, dela recorrem ambas as partes.

Sustenta a CEF em suas razões recursais (fls. 215/227) a inexistência de dano moral ou, caso assim não entenda a turma julgadora, que a sua ocorrência decorre da negligência do autor ao comprometer-se em uma arrematação sem antes certificar-se de que o financiamento seria obtido, pugnando, por fim, pela redução do valor arbitrado a título de danos morais.

O autor, no recurso apresentado às fls. 229/240, aduz que diante das circunstâncias verificadas no caso concreto não há como se eximir a instituição financeira da obrigação de providenciar a liberação do crédito imobiliário para aquisição do imóvel arrematado, tendo em vista que o modo pelo qual se daria a aquisição do bem era de conhecimento da CEF ou, ao menos, a conversão em perdas e danos, como requerido no aditamento à inicial de fls. 38/39, considerando que se encontra na iminência de perder o valor de R\$ 108.000,00 (cento e oito mil reais) correspondentes ao depósito de 30% do valor da arrematação. Pleiteia também a majoração do valor atinente ao dano moral para montante não inferior a 100 (cem) salários mínimos.

Distribuídos os autos, o então relator, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, por mim sucedido, proferiu decisão nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC dando provimento às apelações para excluir a condenação por danos morais e condenar a CEF a celebrar, em 15 (quinze) dias, os contratos de financiamento e hipoteca e depositar à disposição do juízo o valor faltante correspondente à arrematação (fls. 258/259), dessa decisão sendo interpostos agravos legais de ambas as partes (fls. 265/268 e 269/276) e, em sessão de julgamento realizado em 13/11/2012, decidindo a 2ª Turma, por maioria, dar provimento ao agravo legal da CEF para desconstituir

a decisão monocrática proferida às fls. 258/259, prejudicado o agravo do autor (fls. 357/359).

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

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

Discute-se na presente ação sobre a existência ou não de obrigação da CEF em celebrar contrato de financiamento imobiliário em razão de possuir o autor carta de crédito emitida por aquela instituição financeira e a caracterização ou não de danos morais em decorrência da não efetivação do referido financiamento.

Pela sentença proferida, o MM. Juiz *a quo* afastou a pretensão de imposição à CEF de celebração do contrato de financiamento pelo valor originariamente aprovado ao fundamento de que “a prévia aprovação do limite de crédito imobiliário não confere o direito à sua utilização para a aquisição de qualquer imóvel, mas apenas daquele avaliado e aprovado pelo credor hipotecário” mas entendeu devida a indenização por danos morais na consideração de que “a ré deixou de informar prontamente ao autor da impossibilidade de realizar o negócio pretendido, em razão do imóvel indicado ser objeto de arrematação judicial, alimentando, por vários meses, falsas e inúteis esperanças na realização de um negócio inviável”.

De acordo com os documentos juntados com a inicial (fls. 16/27), o autor apresentou proposta para arrematação e aquisição, em segunda praça realizada em 16/03/2007, do imóvel objeto de penhora nos autos da execução de título extrajudicial nº 583.00.1999.067389-2/000001-000, em curso perante a 22ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital-SP, ofertando o valor de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), a ser pago da seguinte forma: 30% do valor da avaliação à vista, correspondendo a R\$ 98.100,00 (noventa e oito mil e cem reais) e o restante (R\$ 261.900,00) em até 45 dias, apresentando como caução carta de crédito emitida pela CEF no valor de R\$ 288.000,00 (duzentos e oitenta e oito mil reais).

Conforme documento de fl. 18, a mencionada carta de crédito refere-se a correspondência da CEF, datada do mesmo dia do leilão (16/03/2007), com os seguintes dizeres:

Informamos a quem interessar possa, que o Sr. Antonio Silvio Amaral Costa, RG 7031041093 SSP/SP de 15/07/1957, CPF: 572.795.357-04, possui o valor de R\$ 288.000,00 (duzentos e oitenta e oito mil reais) aprovado para aquisição de imóvel na Caixa Econômica Federal Agência Turiassu, localizada à Rua Turiassu, 1371 - telefone: 3521-0400.

O documento atesta tão-somente que a parte nele nominada e identificada possui crédito pré-aprovado no valor lá mencionado para a aquisição de imóvel financiado, não significando que o proponente tenha garantido direito à celebração de contrato de financiamento em relação ao imóvel por ele escolhido, já que a assinatura do contrato exige a superação de etapas outras além da aprovação de cadastro e crédito.

Com efeito, referida carta de crédito apenas retrata que seu possuidor teve analisado o cadastro com aprovação do crédito nela estipulado, sendo esta a primeira etapa a ser ultrapassada para a celebração de contrato de financiamento imobiliário. É certo que o imóvel a ser financiado é de livre escolha do futuro mutuário, mas a liberação do valor, que no caso já se encontrava pré-aprovado, dependendo da avaliação do imóvel a ser realizada por engenheiros

ou prepostos da CEF, a qual apurará as condições do imóvel, verificando se o mesmo encontra-se apto a servir de garantia ao mútuo, já que pelo contrato a ser futuramente firmado o imóvel permanecerá alienado até o cumprimento integral do contrato de financiamento, somente após essas avaliações é que o contrato será submetido à assinatura e, com o registro no cartório de registro de imóveis competente, disponibilizado o respectivo valor ao vendedor.

Assim, a carta de crédito, por si só, não garantia ao autor a celebração do contrato de financiamento, dependendo ainda do exame pela CEF das condições do imóvel escolhido e sua aptidão a garantir o mútuo habitacional, que se verificou estarem ausentes, não havendo, portanto, se falar em obrigatoriedade da CEF em firmar o contrato de financiamento na hipótese dos autos, em que o imóvel cuja aquisição se pretendia encontrava-se gravado de ônus.

A análise do conjunto probatório constante dos autos não permite afastar a justificativa apresentada na contestação da CEF para a não efetivação do financiamento aduzindo que:

No presente caso, o problema ocorreu em razão da matrícula do imóvel indicado para a avaliação apresentar ônus reais - hipoteca e penhora, o que impediu sua aceitação como garantia. Somente quando solicitados ao autor os cancelamentos da hipoteca e penhora é que o mesmo informou que o imóvel fora arrematado em leilão judicial. Até aquele momento a CEF não possuía referida informação, ao contrário do mencionado na inicial.

Destarte, neste ponto, nada a objetar a sentença ao aduzir:

Tem razão a CEF ao alegar a impossibilidade da contratação do financiamento diante dos ônus reais que gravam o imóvel arrematado.

A aquisição de imóvel através de arrematação judicial mostra-se incompatível com o financiamento imobiliário pretendido, pois o imóvel é dado como garantia hipotecária à instituição financeira, devendo, portanto, estar livre de ônus. Considerando que o imóvel arrematado já estava gravado com hipoteca e foi penhorado pelo juízo da execução, obviamente, não serve como garantia no contrato de financiamento.

O valor financiado só pode ser liberado após o registro do contrato de compra e venda e de financiamento no Cartório de Registro Imobiliário competente, pois somente com o registro a credora hipotecária tem garantido o seu crédito. No caso de imóvel arrematado, é necessário o prévio registro da carta de arrematação. Contudo, referida carta só pode ser expedida após o depósito do valor ofertado. Evidentemente, a credora hipotecária não pode liberar o valor do financiamento sem que o título aquisitivo e o contrato de financiamento tenham sido registrados.

Assim, a recusa da CEF em aceitar o imóvel arrematado como garantia no contrato de financiamento imobiliário mostra-se correta, tendo em vista que a pretensão do autor é tecnicamente inviável.

Também não se verifica, na hipótese, a caracterização de situação ensejadora de indenização por dano moral, a demora na apresentação da resposta negativa da CEF decorrendo do tempo necessário para a análise da documentação e da avaliação do bem imóvel a ser financiado, convindo registrar a peculiaridade do caso concreto e o que resta evidenciado é que o autor, possuidor de mera carta de crédito, por sua conta e risco apresentou proposta de arrematação de imóvel contando com futura contratação de financiamento imobiliário que não se confirmou.

A situação que se verifica, portanto, é de integral improcedência da ação e com a sucumbência integral deve a parte autora arcar com o pagamento da verba honorária que, com ressalva de que o dispositivo legal não prevê a aplicação de percentuais mínimo e máximo, mas determina a aplicação do critério equitativo, atendidas as condições norteadoras previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º, arbitro, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, aplicável à hipótese por cuidar-se de causa em que não houve condenação, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), patamar que se mostra adequado às exigências legais, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida, por outro lado deparando-se apto a remunerar condignamente o trabalho do procurador em feito que versa sobre questão que não é de maior complexidade, nem demandou demasiado tempo de trabalho ou elaboração de provas técnicas.

Por estes fundamentos, dou provimento ao recurso da CEF para julgar improcedente a ação e nego provimento ao recurso do autor.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS:

Cuida-se de agravos internos interpostos, de um lado, pelo autor, *Antônio Sílvio Amaral Costa*, e, de outro, pela *Caixa Econômica Federal - CEF*, inconformados com a r. decisão monocrática por meio da qual o e. relator, Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, deu provimento às apelações de ambos os litigantes, “excluindo a condenação por danos morais e condenando a CEF a celebrar, em 15 (quinze) dias, os contratos de financiamento e hipoteca, podendo utilizar forma jurídica diversa daquela mencionada no pré-contrato, desde que mantidas as cláusulas financeiras (juros e outros acréscimos contratuais, prazo e forma de pagamento das prestações etc.) previstas”, dispondo ainda que, “celebrado o financiamento, a CEF depositará, à disposição do juízo estadual da arrematação, o valor faltante” e que “eventuais despesas decorrentes da lavratura e do registro da hipoteca correrão por conta do adquirente, como também aquelas normais da aquisição e do registro do domínio”. Além disso, o e. relator, em sua decisão, antecipou os efeitos da tutela (f. 258-259).

Em seu agravo interno, o autor postula o reconhecimento dos danos morais. Já a ré alega, em recurso da mesma espécie, que o caso dos autos não admitiria a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil; que o imóvel em questão não pode ser dado em garantia ao financiamento; e que a antecipação da tutela é irreversível. Subsidiariamente, a ré pede o sequestro do bem, até que possa efetivar a garantia hipotecária.

Apresentados os agravos em mesa, o relator negou provimento ao reclamo do autor e deu parcial provimento ao da ré, apenas para decretar a indisponibilidade do bem até o registro da hipoteca.

Pedi vista dos autos e ora apresento o meu voto, consignando que, posteriormente ao início do julgamento, o autor noticiou a superveniência de fatos.

Cumpra alegar, de início, a alegação, formulada pela agravante ré, no sentido de que não seria aplicável, ao presente caso, o julgamento monocrático previsto no artigo 557 do Código de Processo Civil.

O e. relator, a esse respeito, sustenta o contrário, aduzindo que o aludido dispositivo legal “foi aplicado porquanto a matéria fática e mesmo a jurídica já havia sido concretamente apre-

ciada pela Turma por ocasião do agravo de instrumento”, quando proferiu decisão “que analisou suficientemente os documentos da causa, tornando-a apta ao julgamento monocrático” (f. 311).

Com a devida vênia, ousou divergir do entendimento esposado pelo e. relator. É que o artigo 557 do Código de Processo Civil estabelece o seguinte:

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.

Como se vê, a lei processual não contempla, dentre as hipóteses que autorizam o julgamento monocrático, a situação descrita pelo e. relator.

Deveras, a r. decisão monocrática não se fundou na existência de jurisprudência sedimentada, tampouco os apelos foram considerados manifestamente improcedentes. Longe disso, ambos os recursos de apelação foram providos, o que só seria possível, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil se a sentença estivesse “em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Ora, a r. decisão monocrática impugnada pelas partes não faz alusão a um precedente sequer e, por sinal, julga questão fática bastante peculiar.

Diga-se, ainda a esse respeito, que a apreciação dos fatos, em sede de agravo e com vistas à apreciação da tutela antecipada, é feita, mesmo pela Turma, com base em cognição sumária, inconfundível com a cognição exauriente que se exige para o julgamento da apelação, de sorte que, por essa e pelas razões supramencionadas, efetivamente assiste razão à Caixa Econômica Federal - CEF ao questionar a validade do julgamento isolado do e. relator.

Lembre-se, por oportuno, que, cuidando-se de recursos de apelação, a regra é a do julgamento colegiado; e a exceção, sim, é a do julgamento monocrático. Bem por isso, este não pode ser generalizado ou ampliado, sob pena de violação, até mesmo, da cláusula do devido processo legal, constitucionalmente prevista.

Não se trata, é bom frisar, de consagrar o excessivo formalismo, porquanto sabido que, pautada a apelação para julgamento pela Turma, as partes teriam oportunidade de apresentar sustentações orais, sem falar que, havendo matéria fática em debate, não se poderia prescindir da intervenção formal do revisor.

Por derradeiro, consigne-se que, provido o agravo da Caixa Econômica Federal - CEF e desconstituída a decisão monocrática, os fatos supervenientes, alegados pelo autor, poderão, observado o princípio do contraditório, ser analisados pela Turma.

Ante o exposto, por meu voto, dou provimento ao agravo da Caixa Econômica Federal - CEF, ao fim de desconstituir a r. decisão monocrática proferida às f. 258-259, retornando os autos ao e. relator. O agravo do autor, destarte, fica prejudicado.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

APELAÇÃO CÍVEL
0025055-49.2009.4.03.6100
(2009.61.00.025055-0)

Apelante: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO THE LANDMARK RESIDENCE E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Apelada: BROOKFIELD SÃO PAULO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, CONDOMÍNIO EDIFÍCIO THE LANDMARK RESIDENCE E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: AC 1843132

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/07/2014

EMENTA

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. MARCA FRACA. SEGMENTO MERCADOLÓGICO SEMELHANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA. APTIDÃO PARA CAUSAR CONFUSÃO, DÚVIDA OU ERRO NO CONSUMIDOR. APELO PROVIDO. INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1 - Determinadas marcas, ainda que possuam relação indireta com os produtos e serviços que designam, são passíveis de registro. É o que a doutrina e jurisprudência tratam de marca fraca.

2 - “O critério de análise das marcas fracas exige menos rigidez do que o dos sinais considerados criativos e fortes. Não cabe, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo.” (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.166.498 - RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 30/03/2011).

3 - O parâmetro para a relativização de tal exclusividade deve ser a possibilidade de convivência harmônica das marcas.

4 - Na esteira do entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 949.514/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros), três são os requisitos para que a marca não seja registrável com fundamento no disposto no inciso XIX do art. 124 da LPI: 1) que a marca registrada imite ou reproduza, no todo, em parte ou com acréscimo, marca alheia já registrada; 2) que sirvam ambas para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim ao ramo de atividade de ambas as pessoas jurídicas interessadas; e 3) que a convivência das duas marcas possibilite erro, dúvida ou confusão no consumidor.

5 - Portanto, dentre os requisitos exigidos para a registrabilidade da marca destacam-se a sua distintividade e disponibilidade, de forma que o sinal pelo qual se apresenta a marca deve ser distinto dos demais existentes em uso ou sob registro de outra empresa, pertencente ao mesmo gênero de atividade ou afim.

6 - A requerida sustenta que não viola a proteção marcária a concessão de registro para classes distintas de marcas semelhantes, por força do princípio da especialidade, aduzindo que enquanto a requerente se dedica à administração e gestão de flats, a ré atua no ramo da construção civil. No entanto, há nos autos elementos que demonstram a insuficiência de distinção entre os signos, o que impossibilita a coexistência

harmônica entre eles. Isto porque ambas as marcas se relacionam ao segmento do mercado imobiliário e não há uma relevante distinção no que concerne às formas de apresentação dos signos, o que pode induzir erro, dúvida ou confusão do consumidor.

7 - Apelos providos.

8 - Inversão dos ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento aos recursos e inverter os ônus da sucumbência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por CONDOMINIO EDIFICIO THE LANDMARK RESIDENCE em face de COMPANY S/A e do INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI, com o escopo de obter a anulação do registro da marca “Landmark Nações Unidas” concedida à primeira requerida, registrada perante o INPI sob o nº 828.017.263.

Sustenta, em apertada síntese, que o registro anulando, concedido sem o direito ao uso exclusivo do termo “Landmark”, viola a proteção marcária objetivada pela legislação aplicável à espécie, nos termos dos incisos V e XIX do art. 124 da Lei de Propriedade Industrial.

Relata que a primeira ré atua no mercado como construtora, no entanto, utiliza a marca anulanda para “identificar determinado empreendimento da empresa, um edifício, situado nas imediações da Avenida Nações Unidas”, o que teria o condão de confundir os consumidores.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 11/72.

Regularmente citado, o INPI ofertou contestação às fls. 84/99, sustentando, preliminarmente, que, nos termos do art. 175 da Lei de Propriedade Industrial, a Autarquia deve figurar como assistente, nas ações anulatórias de registro de marca. *In casu*, requer seu ingresso como assistente qualificado da parte autora. No mérito, sustenta a procedência do pedido inicial, ao fundamento de que “existe afinidade mercadológica entre os serviços protegidos pela marca LANDMARK NAÇÕES UNIDAS, em nome da Ré, e os assinalados pelas marcas THE LANDMARK RESIDENCE, em nome da Autora”, configurando a possibilidade de associação indevida entre as marcas.

Por seu turno, a co-ré BROOKFIELD SÃO PAULO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A (atual denominação de Company S/A) contestou o feito às fls. 133/170, requerendo, preliminarmente, a denúncia à lide de Flórida Desenvolvimento Imobiliário Ltda. e Brooklin Company Ltda.

No mérito, bate-se pela improcedência do pedido, sustentando que deve ser aplicado ao caso concreto o princípio da especialidade, na medida em que distintas as classes nas quais

concedidos os registros supostamente colidentes.

Ressalta, ainda, que:

não há que se falar em exclusividade de uso sobre a expressão “Landmark”, por tratar-se de uma palavra de uso comum para assinalar o nome de condomínio e/ou prédio, e, por não preencherem a necessária distinguibilidade, a marca tanto da REQUERENTE e REQUERIDA foram depositadas e concedidas na modalidade MISTA, ou seja, com a adoção de logotipo, acrescido de outros elementos nominativos.

Juntou os documentos de fls. 171/244.

A tutela antecipada indeferida às fls. 265/267.

Réplica da autora às fls. 273/277.

A primeira requerida pugnou pela produção de prova pericial (fl. 272), a autora requereu a oitiva de testemunhas e o INPI pleiteou o julgamento antecipado da lide (fl. 280).

Às fls. 282/284, o i. magistrado *a quo* deferiu o pedido de assistência formulado pelo INPI e rejeitou a denúncia à lide; posteriormente, à fl. 344, indeferiu a produção de prova pericial e oral requerida pelas partes.

Contra esta decisão, a ré BROOKFIEL tirou o agravo de instrumento autuado nesta Corte sob o nº 2011.03.00.028576-2, cujo seguimento foi negado, nos termos do art. 557 do CPC.

Sobreveio a r. sentença de fls. 381/384, pela qual o Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido do autor.

Condenou o requerente e o INPI ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00, *pro rata*.

Apela a parte autora às fls. 393/399, requerendo a reforma da r. sentença de primeiro grau, ao fundamento de que as empresas atuam em segmentos afins do mercado, razão pela qual a coexistência das marcas é inviável, sob pena de violação da legislação de propriedade industrial.

O INPI, por seu turno, interpôs apelação às fls. 415/444, repisando suas alegações no sentido de impossibilidade de coexistência das marcas.

Aduz, ainda, ser indevida a sua condenação nos ônus da sucumbência, “tendo em vista a isenção legal conferida pelo art. 46 da Lei 5.010/66 c/c o art. 4º, inciso I da Lei 9.289/96”.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

A controvérsia posta a deslinde cinge-se em determinar se o registro da marca “Landmark Nações Unidas” viola a proteção conferida à marca registrada “The Landmark Residence”, de propriedade da parte autora.

Fundamentando o seu pleito, alega a autora preexistência do registro nº 826.744.567,

referente à marca “The Landmark Residence”, na classe NCL (8) 36: administração de imóveis, predial, locação e venda de apartamentos (FLATS), e que o registro da marca da primeira ré implicaria numa violação ao art. 124, XIX, da LPI, *in verbis*:

Art. 124 - Não são registráveis como marca: (...)

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia.

Como é cediço, determinadas marcas, ainda que possuam relação indireta com os produtos e serviços que designam, são passíveis de registro. É o que a doutrina e jurisprudência tratam de marca fraca.

Na hipótese, a requerida aduz que a expressão “Landmark”, de origem inglesa, significa marco, baliza, monumento, ponto de referência, “sendo, portanto, comumente utilizada por diversos hotéis, flats, condomínios residenciais e empresariais”.

Alega, ainda, que por se tratar de palavra comum para assinalar o nome de condomínio e/ou prédio não poderia haver exclusividade em seu uso pela Requerente.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente do C. STJ:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA COMERCIAL. MARCA FRACA OU EVOCATIVA. POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA COM OUTRAS MARCAS. IMPOSSIBILIDADE DE CONFERIR EXCLUSIVIDADE À UTILIZAÇÃO DE EXPRESSÃO DE POUCA ORIGINALIDADE OU FRACO POTENCIAL CRIATIVO.

1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade ou forte atividade criativa, podem coexistir harmonicamente. É descabida, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo.

2. Marcas de convivência possível não podem se tornar oligopolizadas, patrimônios exclusivos de um restrito grupo empresarial, devendo o Judiciário reprimir a utilização indevida da exclusividade conferida ao registro quando esse privilégio implicar na intimidação da concorrência, de modo a impedi-la de exercer suas atividades industriais e explorar o mesmo segmento mercadológico. Aplicação da doutrina do *patent misuse*.

Recurso Especial a que se nega provimento.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.166.498 - RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 30/03/2011).

Como se depreende dos fundamentos do acórdão supra, às chamadas “marcas fracas” não se pode conferir a exclusividade de modo absoluto.

Com efeito, confira-se trecho extraído do voto da Rel. Min. Nancy Andrighi:

De fato, o art. 124, VI, da Lei 9.279/96 não autoriza o registro como marca de sinais com caráter genérico ou comum, normalmente empregados para designar uma característica do produto ou serviço quanto à sua natureza, nacionalidade, peso, qualidade etc. Determinadas marcas, no entanto, são perfeitamente registráveis, embora não contem com um alto grau de criatividade: são as chamadas marcas fracas ou evocativas. O exame de colidência desses sinais é menos rigoroso do que o normalmente efetuado na análise de marcas dotadas de mais engenhosidade. Nesse sentido é a lição de DENIS BORGES BARBOSA:

“Reservadas em muitos países a um registro secundário, certas marcas sem maior distintividade são aceitas, embora tenham relação com o produto ou serviço a ser designado. Tal relação não pode ser direta (denotativa), por exemplo, ‘impressora’ para impressoras, mas indireta ou conotativa, como por exemplo, as que evoquem o elemento marcado. A jurisprudência

dência tem sido bastante variada neste contexto, tanto aqui como no exterior, e quase qualquer resultado pode ser obtido numa discussão nesta área. De outro lado, a marca fraca é muito mais sujeita à presença de competidores e menos defensável num caso de contrafação, exceto nas hipóteses em que, por longo uso, o signo tenha conseguido uma ‘significação secundária’. Este fenômeno, notado pela legislação ou jurisprudência em vários países, com amparo na CUP. Art. 6 *quinquies*, é o contrário da vulgarização - uma marca essencialmente fraca se desvulgariza, se tal expressão é possível, pelo emprego contínuo e enfático por parte de um certo produtor ou prestador de serviços.”

(Barbosa, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 817)

O critério de análise das marcas fracas exige menos rigidez do que o dos sinais considerados criativos e fortes. Não cabe, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo. A partir da análise dos diversos significados da palavra “ébano”, o acórdão recorrido deduziu que o termo “EBONY” não é passível de uso exclusivo pelas recorrentes, pois se trata de expressão de uso comum, evocativa, de pouca originalidade ou forte atividade criativa. Esses atributos, em especial o fato de que “a expressão ‘ÉBANO’ (...) é muito empregada em ambas as línguas (inglês e português) para identificar os afro-descendentes” (fl. 672 e-STJ), concedem à marca “EBONY” proteção limitada e restrita, sendo possível admitir sua convivência harmônica com outros sinais igualmente registráveis, que utilizam o mesmo vocábulo.

Prosseguindo, o parâmetro para a relativização de tal exclusividade deve ser a possibilidade de convivência harmônica das marcas.

Na esteira do entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (Resp 949.514/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros), três são os requisitos para que a marca não seja registrável com fundamento no disposto no inciso XIX do art. 124 da LPI:

- 1) que a marca registranda imite ou reproduza, no todo, em parte ou com acréscimo, marca alheia já registrada;
- 2) que sirvam ambas para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim ao ramo de atividade de ambas as pessoas jurídicas interessadas; e
- 3) que a convivência das duas marcas possibilite erro, dúvida ou confusão no consumidor.

Portanto, dentre os requisitos exigidos para a registrabilidade da marca destacam-se a sua distintividade e disponibilidade, de forma que o sinal pelo qual se apresenta a marca deve ser distinto dos demais existentes em uso ou sob registro de outra empresa, pertencente ao mesmo gênero de atividade ou afim.

No caso dos autos, as marcas foram registradas nas seguintes classes:

Autora - NCL (08) 36: Administração de imóveis, predial locação e venda de imóveis (FLATS); Ré - NCL (08) 37: Construção civil em regimes de empreitada e/ou sub-empreitada; construção de condomínios residenciais, industriais, comerciais e/ou de serviços; construção de edifícios, residências, estradas, pontes, barragens; inspeção de projetos de construção; isolamento em construções; montagem de andaimes; pavimentação de estradas; serviços de alvenaria, assistência técnica, conservação, construção, demolição, fiscalização, impermeabilizações, informações inspeção, instalação, loteamentos, manutenção, montagem, organização, pavimentação, planejamento, programação, reboco, reparos, restaurações, substituição, supervisão, terraplanagem; supervisão de trabalho de construção; supervisão e serviços relacionados a execução de obras de engenharia de fundações, construção civil e empreendimentos imobiliários próprios e/ou de terceiros; e, serviços técnicos de engenharia e arquitetura, correlatos às suas atividades, próprios e/ou de terceiros, incluídos nesta classe.

A requerida sustenta que não viola a proteção marcária a concessão de registro para classes distintas de marcas semelhantes, por força do princípio da especialidade, aduzindo que enquanto a requerente se dedica à administração e gestão de flats, a ré atua no ramo da construção civil.

No entanto, há nos autos elementos que demonstram a insuficiência de distinção entre os signos, o que impossibilita a coexistência harmônica entre eles.

Isto porque ambas as marcas se relacionam ao segmento do mercado imobiliário e não há uma relevante distinção no que concerne às formas de apresentação dos signos, o que pode induzir erro, dúvida ou confusão do consumidor.

Tal conclusão não demanda mais do que o cotejo entre a logomarca registrada pela ré e aquela de propriedade da parte autora (fl. 147).

Com efeito, existe mais que a mera aproximação sonora entre as marcas, o que obsta a distinção entre elas.

Neste sentido, a jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. PROTEÇÃO À MARCA. ART. 124, XIX, DA LEI Nº 9.279/96. CONFLITO ENTRE OS SIGNOS “DAVE” E “DOVE”. INEGÁVEL SEMELHANÇA GRÁFICA E FONÉTICA. PRODUTOS DESTINADOS AO MESMO SEGMENTO MERCADOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA. PREVALÊNCIA DO REGISTRO MAIS ANTIGO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Art. 124, XIX, da Lei nº 9.279/96. Interpretação. 2. Conflito entre os signos “DAVE” e “DOVE”. Utilização em produtos idênticos, semelhantes ou afins. Marcas registradas na mesma classe perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. 3. Semelhança gráfica e fonética entre as expressões. Inadmissível a coexistência de ambas no mesmo ramo de atividade comercial, sob pena de gerar indesejável confusão mercadológica. 4. Registro da expressão mais moderna – “DAVE” - invalidado, em face da anterioridade do registro da marca “DOVE”. 5. Recurso especial improvido. (STJ, 3ª Turma, REsp 1.235.494, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, DJE 21/03/2011)

RECURSO ESPECIAL - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - NÃO OCORRÊNCIA - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - SISTEMA ATRIBUTIVO - ADOÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO - PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE MARCA - CONFUSÃO ENTRE OS CONSUMIDORES - POSSIBILIDADE - VALIDADE DE PEDIDO ANTERIOR EM TRÂMITE ADMINISTRATIVO - PRIORIDADE DE EXAME - RECURSO IMPROVIDO. I - A arguição de ocorrência de prescrição não merece prosperar, porquanto a demanda foi ajuizada dentro do prazo prazo quinquenal previsto no art. 174 da Lei de Propriedade Industrial; II - O sistema jurídico pátrio adota o sistema atributivo, segundo o qual, somente com o registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Nacional é que se garante o direito de propriedade e de uso exclusivo ao seu titular, a não ser que se trate de marca notoriamente conhecida; III - A similitude entre as marcas em discussão, destinadas a prestação de serviços no mesmo segmento mercadológico, qual seja, consultoria e estudos na área específica da geologia, além de comercializarem produtos e derivados minerais, é capaz de gerar confusão nos consumidores acerca da procedência dos produtos e da prestação dos serviços, configurando a hipótese de colidência prevista como impeditiva de registro; III - O registro de propriedade de marca adquire-se desde que observados os trâmites legais de validade. Ausência, *in casu*; IV - A existência de pedido anterior de registro de marca justifica seu exame prioritário, sob pena de se conferir registro de marca igual ou semelhante a outro requerente ainda pendente de decisão o primeiro pedido; VI - Recurso especial improvido. (STJ, 3ª Turma, REsp 899.839, Rel. Min. Massami Uyeda, DJE 01/10/2010);

APELAÇÃO - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - MARCA - PEDIDO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO - INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REGISTRO MARCÁRIO - COLIÊNCIA ENTRE DENOMINAÇÕES - RECURSO IMPROVIDO. I - Entendeu o Juízo *a quo* que a marca nominativa “PRADA”, de titularidade da autora (fls. 1.000) reproduz, gráfica e foneticamente, a marca “PRADA” da empresa ré, anteriormente registrada em classe relacionada a segmento mercadológico afim, sem sinais de distintividade capazes de afastar o risco de associação entre as mesmas, ou da origem de seus produtos, sem condições de convivência pacífica no mercado. II - Comungo inteiramente com o entendimento do juízo, também visualizando notoriedade capaz de impedir o registro da autora em razão da indubitosa afinidade entre as áreas de atuação das empresas, obstando a aplicação do princípio da especialidade. III - Recurso improvido.

(TRF 2ª Região, Segunda Turma Especializada, AC 200851018062255, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, e-DJF2R 01/03/2011);

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NULIDADE DE REGISTRO E ABSTENÇÃO DO USO DA MARCA MW MAXWELL. INPI. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ILEGALIDADE DO REGISTRO DA MARCA. ART. 124, INCISOS XXIII E XIX, DA LPI. PERDAS E DANOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. I - Nas ações anulatórias de registro de marca, o INPI deve figurar como litisconsórcio passivo necessário e não como mero assistente. II - A teor da norma do art. 124, XXIII, da LPI, é de ser reconhecida a ilegalidade de registro de marca que imita marca alheia registrada em outros países, quando restar comprovado que a empresa-ré, por atuar no mesmo ramo mercadológico e frequentar feiras de negócios no exterior, conhecia a marca da autora quando efetuou os depósitos de seus pedidos de registro. III - A similitude entre as marcas MAXWELL & WILLIAMS (da parte autora) e MW MAXWELL (da empresa-ré), destinadas a assinalar produtos do mesmo segmento mercadológico, autoriza a proteção à marca alienígena, diante da colidência prevista como impeditiva de registro, segundo o disposto no art. 124, XIX, da LPI. IV - Por envolver pessoas não enquadradas no inciso I, do art. 109, da CF, e considerando a regra contida no art. 292, § 1º, II, do CPC, o pedido de perdas e danos deve ser postulado no órgão judiciário estadual. V - Remessa Necessária improvida.

(TRF 2ª Região, Primeira Turma Especializada, REO 470.354, Rel. Des. Fed. Marcello Ferreira de Souza Granado, e-DJF2R 23/09/2010).

Transcrevo, por oportuno, trecho da manifestação do INPI, cujos fundamentos adoto, igualmente, como razões de decidir:

O cotejo entre a marca conferida à Ré, LANDMARK NAÇÕES UNIDAS, registrada sob o nº 828.017.263, *depositada em data de 23/12/2005 e concedida em data de 11/03/2008*, conforme documentos anexos, para designar construção civil em regimes de empreitada e/ou sub-empreitada; construção de condomínios residenciais, industriais, comerciais e/ou de serviços; construção de edifícios, residências, estradas, pontes, barragens; inspeção de projetos de construção; isolamento em construções; montagem de andaimes; pavimentação de estradas; serviços de alvenaria, assistência técnica, conservação, construção, demolição, fiscalização, impermeabilizações, informações inspeção, instalação, loteamentos, manutenção, montagem, organização, pavimentação, planejamento, programação, reboco, reparos, restaurações, substituição, supervisão, terraplanagem; supervisão de trabalho de construção; supervisão e serviços relacionados à execução de obras de engenharia de fundações, construção civil e empreendimentos imobiliários próprios e/ou de terceiros; e, serviços técnicos de engenharia e arquitetura, correlatos às suas atividades, próprios e/ou de terceiros, incluídos nesta classe, não apresenta suficiente distintividade com as marcas da Autora, “THE LANDMARK RESIDENCE” registradas sob os números 826.744.559 e 826.744.567, *com depósito*

em data de 08/10/2004 e concessão em data de 23/10/2007, para assinalar, respectivamente, “administração de imóveis, predial locação e venda de apartamentos (flats)” e “administração, gestão e consultoria para flat (condomínio de prédios residenciais ou não”, configurando-se, assim, a possibilidade de associação indevida entre as marcas).

Vale dizer, a marca registrada em nome da Ré é extremamente similar às marcas anteriormente registradas (artigo 129 LPI) em favor da Autora, podendo, assim, confundir o consumidor, além de beneficiar-se do reconhecimento público da mesma “THE LANDMARK RESIDENCE”, pela possibilidade de associação entre as marcas.

Em acréscimo, inexistente, entre as marcas confrontadas, suficiente distinção, porquanto o elemento fonético diferenciador preponderante da marca Ré “LANDMARK NAÇÕES UNIDAS” é o mesmo das marcas com registro anterior da Autora “THE LANDMARK RESIDENCE”, consistente na palavra “LANDMARK”.

Como consequência, restando comprovada a suscetibilidade de confusão ou associação indevida entre os signos distintivos da Autora e Ré, por não gozarem de suficiente distintividade entre si e designarem produtos afins, conclui-se pela irregistrabilidade do pedido da co-ré COMPANY S/A, por aplicação do inciso XIX do art. 124 da LPI, lembrando-se que a constituições das marcas da Autora é anterior. - grifos no original

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO aos recursos, na forma acima fundamentada.

Por conseguinte, inverte os ônus da sucumbência.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0018586-12.2013.4.03.0000

(2013.03.00.018586-7)

Agravante: EUNICE ARANTES SIQUEIRA DE SOUZA LIMA

Agravadas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E SUL AMÉRICA CIA. NACIONAL DE SEGUROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSE DOS CAMPOS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: AI 510740

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/06/2014

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. MORTE DO CÔNJUGE. CONTRATO DE SEGURO.

1. O contrato de financiamento imobiliário celebrado entre as partes, na sua cláusula vigésima primeira (SEGURO), obriga o mutuário a contratar um seguro para o caso de morte ou invalidez permanente ocorrida em data posterior à data da assinatura do contrato de financiamento.

2. *In casu*, cabia à seguradora exigir os exames clínicos necessários à aferição de doença preexistente à contratação, não podendo agora, após o óbito do segurado, eximir-se do pagamento da indenização, sob o pretexto de que o segurado tinha conhecimento da doença anteriormente à assinatura do contrato e omitiu tal fato.

3. Agravo de instrumento ao qual se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de junho de 2014.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por EUNICE ARANTES SIQUEIRA DE SOUZA LIMA, por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos da ação ordinária autuada sob o nº 0004995-07.2013.403.6100, em trâmite perante a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São José dos Campos/SP, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, requerida com vistas à sustação da execução extrajudicial do imóvel e das cobranças das parcelas contratuais mensais, excluindo-se, por conseguinte, o nome da autora de cadastros de devedores.

Alega, em síntese, que celebrou juntamente com seu falecido marido um contrato de financiamento imobiliário com a Caixa Econômica Federal para aquisição de imóvel residencial, ocasião em que foram obrigados a contratar também um seguro de vida junto à Sul América.

Aduz, ainda, após alguns meses, seu marido veio a óbito e, sendo ele responsável pelo pagamento de 100% do valor financiado, a agravante acionou a Sul América para a respectiva cobertura securitária, tendo, contudo, obtido negativa de cobertura sob o argumento de que o óbito de seu marido teria sido decorrente de doença anterior à contratação do seguro, de conhecimento do segurado e omitida na proposta de seguro.

Às fls. 144/145 o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi deferido.

Regularmente intimada, a agravada apresentou contraminuta às fls. 147/155.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Assiste razão à agravante.

Com efeito, o contrato de financiamento imobiliário celebrado entre as partes, na sua cláusula vigésima primeira (SEGURO), obriga o mutuário a contratar um seguro para o caso de morte ou invalidez permanente ocorrida em data posterior à data da assinatura do contrato de financiamento.

Nesse passo, cabia à seguradora exigir os exames clínicos necessários à aferição de doença preexistente à contratação, não podendo agora, após o óbito do segurado, eximir-se do pagamento da indenização, sob o pretexto de que o segurado tinha conhecimento da doença anteriormente à assinatura do contrato e omitiu este fato.

É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. RECUSA DA COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS. MÁ-FÉ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a seguradora não pode se eximir de pagar a indenização securitária alegando que a doença é preexistente à contratação, se não exigiu prévios exames clínicos do segurado. 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos ou interpretação de cláusula contratual, a teor do que dispõem as Súmulas nº 5 e 7 do STJ. 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que a recorrente, ré na demanda, não se desincumbiu do ônus de comprovar a alegada má-fé da seguradora. Alterar esse entendimento é inviável na instância especial a teor dos óbices das referidas súmulas. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (STJ - 4ª Turma - EDARESP 237692, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJE 25/06/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAMES. OMISSÃO DO SEGURADO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVA. INADMISSIBILIDADE. I - Consoante entendimento desta Corte, a seguradora que não exigiu exames médicos pre-

viamente à contratação não pode eximir-se do pagamento da indenização, sob a alegação de que houve omissão de informações pelo segurado. II - É inviável em sede de recurso especial o reexame do acervo fático-probatório dos autos. Agravo improvido.
(STJ - 3ª Turma - AGA 1062383, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJE 15/10/2008)

Ademais, confirmando a tese da agravante, o documento de fls. 102/104 dos presentes autos - Declaração do Médico Assistente da Caixa Seguros - atesta que o paciente fazia tratamento clínico com fármacos, bem como “fez cirurgia de revascularização do miocárdio em 21/06/2012, entretanto não havia na ocasião sinais ou sintomas de insuficiência cardíaca”.

Por esses fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0 015131-09.2012.4.03.610 0
(2012.61.00.015131-5)

Apelante: ISIDRO ALVAREZ MORENO (= ou > de 60 anos)
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 1899467
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2014

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. NATURALIZAÇÃO. ART. 12, II, B, CF. PEDIDO ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO E PROIBIÇÃO DE ARQUIVAMENTO DO PEDIDO. CONDENAÇÃO PENAL. 15 ANOS DE RESIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM 1973. NACIONALIDADE E SOBERANIA NACIONAL. JUÍZO POLÍTICO-DISCRICIONÁRIO. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. Caso em que o autor discute naturalização extraordinária, em razão de residência no Brasil sem condenação nos últimos 15 anos, mas alegando que o pleito administrativo foi arquivado por condenação por crime de receptação em 1973, o que não seria válido à luz do artigo 12, II, CF, sendo ajuizada a presente ação para declaração da inexistência de tal restrição e para impedir o Ministério da Justiça de arquivar o respectivo processo de naturalização.
2. Ainda que preenchidos os requisitos constitucionais e legais, não tem o estrangeiro direito subjetivo à naturalização, pois a outorga da nacionalidade brasileira fica sujeita à discricionariedade política do Estado no exercício de sua soberania.
3. Não cabe ao Poder Judiciário conceder naturalização, revisar juízo de conveniência e oportunidade quanto à naturalização, ou mesmo declarar inexistente condenação impeditiva à naturalização para impedir arquivamento de pedido administrativo, pois, em quaisquer das hipóteses, a decisão judicial invadiria a esfera de competência discricionária do Executivo de formular juízo político em matéria intrinsecamente vinculada ao exercício da soberania nacional.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de julho de 2014.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente pedido declaratório de inexistência de impedimento à naturalização do autor, em razão de condenação penal em 1973 por crime de receptação, com determinação ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça para que se abstenha de arquivar o requerimento formulado administrativamente.

O apelante alegou que discutiu, primariamente, não a concessão do certificado de nacionalidade brasileira, pois seria efeito do reconhecimento, ora postulado, de que a inexistência de condenação penal, a que se refere o artigo 12, II, *b*, da Constituição Federal, deve ser aferida dentro do próprio período de 15 anos, exigidos para aquisição do direito à naturalização, não podendo considerar condenação ocorrida há mais de 30 anos e anterior ao próprio recadastramento em 1988, não havendo invasão de juízo discricionário do Ministro da Justiça, já que não busca na ação a concessão da naturalização, a ser objeto de novo pedido administrativo, mas apenas a declaração jurídica dos limites da restrição contida no preceito constitucional.

Com contrarrazões subiram os autos à Corte.

O parecer ministerial indicou a inexistência de interesse a justificar a manifestação sobre o mérito da controvérsia.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, verifica-se que a ação objetiva, além da declaração de um direito ou situação jurídica, que esta igualmente obrigue a União, através do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, a não arquivar, por falta de requisito constitucional, o pedido de naturalização do autor. Ademais, a AGU, desde a contestação, reiterada em contrarrazões, sustentou que houve pedido de naturalização e este foi indeferido no âmbito do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça (f. 81 e 135).

A pretensão do autor é, portanto, dirigida contra o indeferimento do pedido de naturalização, o qual apreciou a questão do requisito constitucional que constitui objeto da declaração pretendida, juntamente com o pedido de proibição de conduta, consistente em não arquivar o pedido administrativo anteriormente feito.

No caso dos autos, o pedido administrativo foi de naturalização extraordinária, alegando o autor que não sofreu condenação criminal nos últimos 15 anos de residência no Brasil, de que trata o artigo 12, II, *b*, da Constituição Federal, embora tenha sido condenado, em 1973, por crime de receptação (artigo 180, CP), destacando que tal condenação não pode impedir o reconhecimento do direito à nacionalidade brasileira, aduzindo que se encontra no país desde 1955 e que participou do recadastramento de estrangeiros, em 1988.

A sentença apelada decidiu que (f. 113-v/14):

O artigo 111 da Lei nº 6.815/1980 dispõe que “A concessão da naturalização nos casos previstos no artigo 145, item II, alínea b, da Constituição, é faculdade exclusiva do Poder Executivo e far-se-á mediante portaria do Ministro da Justiça”. A palavra “faculdade”, prevista neste

dispositivo, não dá margem a nenhuma dúvida sobre inserir-se o mérito do ato concessivo de naturalização na esfera de competência discricionária do Poder Executivo, insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.

Além disso, o artigo 121 da Lei nº 6.815/1980 dispõe que “A satisfação das condições previstas nesta Lei não assegura ao estrangeiro direito à naturalização”. Deste dispositivo resulta que o ato concessivo da naturalização depende não apenas do preenchimento, pelo estrangeiro, dos requisitos estabelecidos em lei, de modo vinculado (legalidade), mas também da conveniência e da oportunidade da concessão da naturalização (discricionariedade). Conforme já assinalado, o juízo sobre a conveniência e a oportunidade da concessão da nacionalidade constitui competência discricionária privativa do Poder Executivo, insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.

Nem se diga que os artigos 111 e 121 da Lei nº 6.815/1980 não teriam sido recebidos pela Constituição Federal de 1988. O artigo 84 da Constituição atribui ao Presidente da República competência privativa para representar o Brasil nas relações exteriores (incisos VII e VIII). O ato concessivo de naturalização integra as relações internacionais.

No sentido do quanto exposto acima, cito este trecho do voto do Ministro Celso de Mello, proferido no Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Extradicação nº 1.074 (grifos e destaques no original):

“A concessão da naturalização, como se sabe, constitui, em nosso sistema jurídico, ato que se insere na esfera de competência do Ministro da Justiça, qualificando-se, sob tal perspectiva, como faculdade exclusiva do Poder Executivo (Lei nº 6.815/80, art. 111).

Sabemos que a outorga da nacionalidade brasileira secundária a um estrangeiro constitui inquestionável manifestação da soberania nacional. A concessão da naturalização deriva do exercício discricionário de um poder político-administrativo outorgado, no âmbito do Executivo, ao Ministro da Justiça, pelo ordenamento positivo brasileiro.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo - considerando a natureza essencialmente política do ato de outorga da nacionalidade brasileira a um súdito estrangeiro - pronunciou-se no sentido de que Não há inconstitucionalidade no preceito que atribui exclusivamente ao Poder executivo a faculdade de conceder a naturalização (RDA 120/133)”. Ante o exposto, não compete ao Poder Judiciário ordenar ao Poder Executivo que não considere a condenação penal do autor ocorrida em 1973 como óbice à concessão do certificado de nacionalidade brasileira. Este juízo é privativo e discricionário do Ministro da Justiça. Daí a improcedência do pedido formulado pelo autor nesta demanda.

Como se observa, a sentença julgou improcedente o pedido, com o fundamento de que o requerimento de naturalização insere-se na esfera jurídica de discricionariedade político-administrativa do Ministro da Justiça, não podendo o Judiciário determinar ao Executivo que não considere a condenação penal do autor, em 1973, para efeito de outorga da nacionalidade brasileira.

Primeiramente, cabe dizer que o princípio constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV) não significa que a tutela judicial possa adentrar na revisão de atos político-administrativos, inseridos no juízo ou competência discricionária do Poder Executivo. Verificada tal circunstância, não deixa de significar pronunciamento judicial o reconhecimento da existência e da natureza do ato para efeito de inviabilizar o exame do respectivo mérito político-administrativo.

Como ensina, magistralmente, FRANCISCO REZEK, mestre que integrou o Supremo Tribunal Federal e a Corte Internacional de Justiça, “no domínio da lei ordinária - que rege a situação dos estrangeiros em geral - a naturalização não é jamais obrigatória, tanto significando que, caso a caso, *o governo pode recusá-la mesmo quando preenchidos os requisitos da lei*” (grifamos, Direito Internacional Público, Saraiva, 10ª edição, p. 189).

Tal entendimento doutrinário está em consonância com julgados da Suprema Corte - v.g.: EXT 1.223, Rel. Min. CELSO DE MELLO: “A concessão da naturalização constitui, em nosso sistema jurídico, ato de soberania que se insere na esfera de competência do Ministro da Justiça, qualificando-se, sob tal perspectiva, como faculdade exclusiva e discricionária do Poder Executivo (Lei nº 6.815/80, art. 111 e art. 121” -, conforme igualmente registrou a própria sentença apelada.

Esta Corte igualmente assim decidiu:

AC 00163489720064036100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, e-DJF3 26/09/2013: CONSTITUCIONAL. CANCELAMENTO DE NATURALIZAÇÃO. ARTIGO 12, § 4º DA CF. LEI Nº 818/49, ARTIGO 22, INCISO III. ATIVIDADE NOCIVA AO INTERESSE SOCIAL. ARTIGOS 226 E SEQUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROTEÇÃO. 1. *A concessão da nacionalidade brasileira a estrangeiros é ato discricionário que atende aos princípios da soberania nacional, desde que presentes as condições dispostas na Constituição Federal e na legislação infra constitucional*, em especial da Presidência da República por meio de decreto do Ministro da Justiça, cuja outorga da cidadania, obedece aos pressupostos da Lei nº 818/49. 2. Tão importante é essa extensão de cidadania ao estrangeiro que alguns requisitos devem ser observados, destacando-se por oportuno dentre outros, bom procedimento (inciso V) e a ausência de pronúncia ou condenação no Brasil, por crime cuja pena seja superior a um ano de prisão (inciso VI do art. 8º, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 5.145/1966). 3. À espécie, a naturalizada se utilizou de sua condição de brasileira para abrigar no país, em condições subumanas, chineses em situação irregular, explorando o sofrimento alheio com intuito de lucro, atividade esta nociva ao interesse nacional. 4. Ausência de mal ferimento do direito de proteção outorgado pelo Estado nos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal, em razão da conduta da apelante, incompatível com a dignidade que se espera de cidadãos de bem. Apelação improvida.

Assim, *não existe direito público subjetivo à naturalização*, em razão da universal compreensão de que a outorga da nacionalidade a estrangeiro é sempre, em última instância, opção política do Estado Nacional, no exercício de sua soberania.

Por efeito, não pode a matéria ser objeto de revisão judicial, salvo quanto a aspectos formais do processo legal e nos casos gerais de nulidade do ato administrativo discricionário, jamais, porém, quanto ao respectivo mérito, assim devidamente caracterizado.

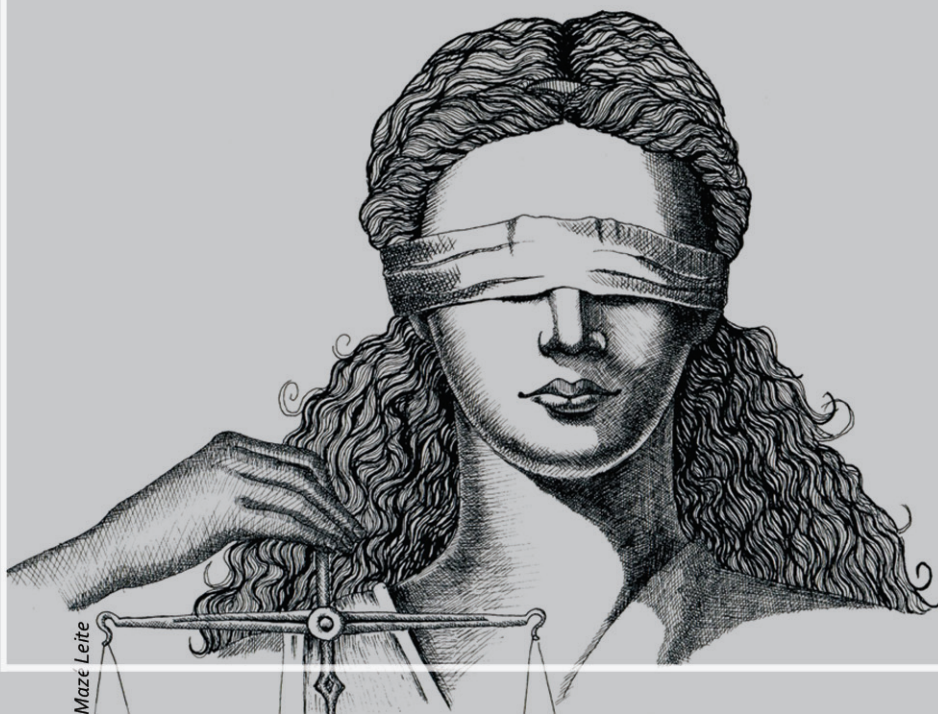
Possível concluir, portanto, que para a naturalização é obrigatório o preenchimento dos requisitos constitucionais e legais, tornando, assim, essencial à respectiva validade o cumprimento de todas as condições materiais e formais da Constituição e da legislação respectiva, o que não significa, porém, que o fato de eventualmente cumprir tais requisitos, conforme sustentou o autor, seja capaz de gerar direito subjetivo à nacionalidade brasileira oponível ao Estado Brasileiro, independentemente de juízo político e discricionário pelo Ministro da Justiça, ao qual legalmente atribuída a competência.

No caso, trata-se de pretensão dirigida a anular ato discricionário da Administração, proferido no exame de pedido administrativo de naturalização, buscando o autor, judicialmente, não apenas o reconhecimento da inexistência de impedimento à outorga da nacionalidade brasileira, como ainda que seja impedido o Executivo de arquivar o requerimento que, segundo a AGU, já foi regularmente indeferido no Ministério da Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0001604-49.2001.4.03.6108
(2001.61.08.001604-7)

Apelantes: EZIO RAHAL MELILLO E FRANCISCO ALBERTO DE MOURA SILVA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELO
Revisora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Classe do Processo: ACr 30610
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2014

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO CONTRA O INSS. UNIFICAÇÃO DE PROCESSOS AFASTADA. NÃO RECONHECIDA A ILICITUDE DAS PROVAS POLICIAIS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA REFORMADA. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1 - Ambos os réus pedem a união da presente ação penal com outros processos que foram unificados por decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Bauru/SP. Com efeito, a possibilidade de determinar-se a unificação de processos em virtude de conexão deve ser verificada à luz do artigo 82 do Código de Processo Penal, que estabelece que, se em um dos processos cuja unificação se pretende já houver sido proferida sentença definitiva, a unificação não deverá ser procedida. Dentro desse contexto, releva dizer que a sentença foi proferida nestes autos no ano de 2006 e a sentença que determinou a unificação de diversos outros processos envolvendo os réus foi proferida em momento posterior, ou seja, em 02/12/2008, não sendo o caso de se falar em unidade de julgamento.

2 - A diligência que culminou na busca da CTPS do segurado, objeto da fraude, entre outras, foi realizada nos termos da autorização judicial, observada a estrita legalidade, já que não se restringia, conforme quer fazer valer a defesa, ao endereço declinado no mandado. Assim, não há nulidade a ser reconhecida.

3 - Reinquirição de testemunhas desnecessárias, uma vez que as provas colhidas nesses autos são suficientes para esclarecer o fato criminoso apurado, notadamente, para análise das teses defensivas dos réus, não havendo necessidade de novas diligências além das que já foram produzidas para a formação do convencimento judicial.

4 - Materialidade comprovada pelo reconhecimento da falsidade da CTPS que foi objeto de fraude e instruiu ação previdenciária junto à Justiça Federal.

5 - O prejuízo do INSS restou demonstrado, eis que, embora o benefício não tenha sido implementado, a ação judicial interposta em primeira instância foi provida, chegando a subir a esta Corte Regional, para fins de julgamento interposto pelo INSS, que somente não foi julgado, porque houve o desbaratamento pela Polícia Federal da fraude perpetrada pelos réus, sendo tal fato noticiado nos autos previdenciário.

6 - As autorias, da mesma forma, são indenizes de dúvidas. Do conjunto probatório infere-se que um dos réus, advogado militante na cidade de Botucatu-SP e região, possuía uma parceria de atendimentos, distribuição de ações e divisão de honorários

com o outro réu, também causídico e pessoa bastante conhecida da população na cidade de São Manuel-SP, forte militante na área trabalhista e previdenciária, bem como, política.

7 - O atendimento preliminar era feito no escritório por um dos réus, que em geral era o responsável por angariar clientes, pessoas simples, trabalhadoras da zona rural e de pouca instrução, a quem confiavam a documentação necessária para obtenção de benefício previdenciário a partir da entrevista para panorâmica do caso. Desde o atendimento inicial, os clientes deixavam suas carteiras de trabalho no referido escritório, de molde a instruir o pedido judicial e eram orientados a solicitar uma segunda via do documento. Tal orientação viabilizava o forjamento dos dados utilizados na inicial, que eram, por sua vez, inverídicos porque traçavam datas, períodos, dados e empregadores que não correspondiam à realidade trazida pelo segurado/beneficiário, de molde a justificar a concessão do benefício pleiteado, cujo pagamento, pelas declarações das testemunhas, ora era realizado com a fixação de uma porcentagem de honorários, ora se dava pela retenção dos “atrasados” pelos advogados. A fraude foi descoberta com a apreensão de aproximadamente 800 (oitocentas) carteiras de trabalho no escritório de um dos réus. O outro réu responsabilizava-se pela instrução processual dos feitos, inclusive atendendo os clientes que buscavam informações sobre os andamentos de suas respectivas ações, na cidade de São Manuel/SP. Traçando essas linhas gerais, percebe-se a linearidade da conduta e atuação dos envolvidos, e sob qualquer ângulo que se analise, as responsabilidades pelos lançamentos inidôneos lançados na CTPS do segurado somente podem ser atribuídas aos réus.

8 - A pena base deve ser severamente elevada, todavia, por motivo outro que não os antecedentes desabonadores, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Inegavelmente as condutas dos réus merecem maior repreensão por não se tratar de pessoas leigas às letras da lei. Ao reverso, são advogados experientes, situação que denota culpabilidade acima do normal do esperado para o tipo, na medida em que a reprovabilidade daquele que conhece a lei e a maneja em desfavor do poder público e social, exclusivamente em seu interesse, apresenta conduta consideravelmente desonrosa e imoral, não condizente com o papel constitucional de auxiliar da Justiça. Agem, portanto, com maior desvalor do injusto do que pessoa sem formação jurídica específica. Outra questão a denotar a má personalidade dos agentes é o fato de se utilizarem de menores de idade (legionários mirins) para falsificarem as carteiras de trabalho, situação que bem demonstra o desprezo pelo próximo e o vil caráter de ambos. Pena base reduzida para 02 anos e 06 meses de reclusão e 25 dias multa, tendo em vista a correção da fundamentação acima exposta.

9 - De rigor a manutenção do § 3º do artigo 171 do Código Penal, eis que a ação foi praticada em detrimento de autarquia federal, o que definitivamente eleva a pena corporal para 03 anos e 04 meses e 33 dias multa.

10 - Presente, porém, a inegável causa de diminuição de pena prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal (tentativa), deve ser mantida a fração adotada na sentença (1/3), uma vez que o réu já havia percorrido grande percurso do *iter criminis*. Lembre-se que a ação ajuizada em 08/1997 havia sido procedente em primeiro instância e aguardava julgamento da apelação do INSS nesta Corte Regional.

11 - O *quantum* do dia multa deve ser mantido em 1/10 do salário mínimo e o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mantido no aberto, *ex vi* do artigo 33, § 2º, “c” e § 3º, do CP.

- 12 - O Juízo “a quo” não autorizou a substituição das penas privativas de liberdade, e quanto a isso os réus não se insurgiram, motivo pelo qual, nada há que se alterar.
13 - Apelações parcialmente providas para fixar as penas de cada réu em 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 22 dias multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares arguidas e dar parcial provimento aos recursos dos réus, para reduzir a pena base de ambos, restando ao final, para cada réu, fixadas em 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 22 dias multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Trata-se de apelações criminais interpostas por EZIO RAHAL MELILLO e FRANCISCO ALBERTO DE MOURA SILVA, contra a r. sentença de fls. 797/835 (publicada em 14/11/2006 - fls. 836), que condenou, cada um dos réus, ao cumprimento da pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 89 dias multa, à razão de 1/10 do salário mínimo, por infração ao artigo 171, §3º, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Inviabilizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a teor do artigo 44, III, do Código Penal.

Os réus apelaram em liberdade.

A denúncia está lastreada no inquérito policial de nº 7-0142/2001, instaurado para a apuração de fraudes na obtenção de benefícios junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, mediante uso de documentação falsa.

Narra a denúncia (recebida em 21/05/2002 - fls. 259), que EZIO RAHAL MELILLO e FRANCISCO ALBERTO DE MOURA SILVA teriam falsificado a Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS de nº 52369, pertencente a Aparecido Torquete (fls. 33/39), apresentada na ação judicial de requerimento de aposentadoria especial de nº 1999.03.99.010341-3, que, na época, aguardava julgamento junto a esta Corte, sendo julgada extinta sem julgamento de mérito em 03/03/2011, com fulcro no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

FRANCISCO ALBERTO DE MOURA SILVA, em suas razões recursais, preliminarmente, requer o reconhecimento da continuidade delitiva para fins da conexão subjetiva dos processos semelhantes que tramitam em seu nome. No mérito, pugna por sua absolvição, ao argumento de que a materialidade do crime de tentativa de estelionato não restou comprovada, tampouco a autoria, restando o conjunto probatório insuficiente para ensejar decreto condenatório. Subsidiariamente, requer a redução da pena base aplicada (fls. 918/952).

EZIO RAHAL MELILLO, em suas razões recursais, requer, preliminarmente, a conversação do julgamento em diligência para o fim de determinar a nova oitiva de Aparecido Torquete, Manuel Gomes e Luiz Manoel Moreira Driziani; nova perícia documentoscópica na CTPS de

Antonio Torquete; e a nulidade da sentença porque as provas apresentadas no processo foram colhidas de forma arbitrária e ilegal pela Polícia Federal, isto é, o ato policial foi diverso daquele previsto na ordem judicial de busca e apreensão, não sendo autorizada a quebra de seu sigilo profissional. No mérito, alega que não restou comprovada a prática do crime, porque não existe elemento de prova que caracterizaria o delito, não se comprovando o dolo, a fraude e o prejuízo. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da continuidade delitiva para unir o presente feito a todos os demais em trâmite perante a Seção Judiciária de Bauru/SP, bem como a redução de sua pena base e pena de multa (fls. 954/989).

Contrarrazões apresentadas (fls. 993/1.011).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento dos recursos (fls. 1.013/1.016).

Reconhecida a conexão dos feitos pelo C. STF e noticiada a unificação de todos os processos e inquéritos policiais em andamento, conforme sentença proferida nos autos do processo nº 2002.61.08.000957-6 (fls. 1.023/1.080), o MPF lançou manifestações às fls. 1.082, pela impossibilidade de reunião dos processos por estarem em fases distintas, a teor do artigo 82 do Código de Processo Penal.

Às fls. 1.084/1.085, EZIO RAHAL MELILLO requereu a expedição de Carta de Guia de Execução Provisória, que foi indeferida, mediante decisão proferida pelo e. Juiz Federal Convocado Roberto Lemos, tendo em vista que os réus não se encontram cautelarmente recolhidos nesse processo, sendo-lhes concedidos o direito de apelarem em liberdade (fls. 1.090/1.091).

Contra o indeferimento de fls. 1.090/1.091, foram opostos embargos de declaração (fls. 1.95/1.102), os quais foram acolhidos em parte, para reconhecer o impedimento do subscritor da decisão embargada, mantendo-se, no entanto, o indeferimento da Guia de Execução Provisória (fls. 1.269/1.270).

Novos embargos de declaração foram opostos (fls. 1.283/1.288), os quais foram acolhidos apenas para fazer constar a atual redação do artigo 294 do Provimento nº 64/2005 COGE/TRF3^a, mantendo-se inalterado o indeferimento da expedição de Guia de Execução Provisória (fls. 1.290/1.291).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Inicialmente, anoto que ambos os réus pedem a união da presente ação penal com outros processos que foram unificados por decisão do Juízo da 2^a Vara Federal de Bauru/SP.

Contudo, entendo que o pedido não merece ser deferido.

Com efeito, a possibilidade de determinar-se a unificação de processos em virtude de conexão deve ser verificada à luz do artigo 82 do Código de Processo Penal, que estabelece que, se em um dos processos cuja unificação se pretende já houver sido proferida sentença definitiva, a unificação não deverá ser procedida.

Nessa esteira é a lição de *Eugênio Pacelli de Oliveira*:

Não é por outra razão que existe um limite temporal para a reunião dos processos, qual seja, a fase da prolação da sentença. É o que se contém no disposto no art. 82 do CPP, em que se estabelece que, no caso de já se encontrar sentenciado algum dos processos conexos e/ou continentes, a unidade de processos se dará posteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas, quando uma e outra tiverem cabimento.

.....
Relembre-se, porém: mesmo o juiz somente poderá arguir ou suscitar a conexão e/ou continência até a prolação da sentença por um dos juízes envolvidos. E assim é porque, a partir daí, como aquele processo sentenciado não poderá ser modificado naquela instância, ele não terá qualquer utilidade para a pretendida unidade de processo e de julgamento (quando esse, como visto, já tiver sido realizado em um deles).

(in “Curso de Processo Penal”, 11ª ed. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2009, pg. 256)

Sobre a questão, o Colendo STJ erigiu a Súmula 235, que porta o seguinte enunciado:

a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

Dentro desse contexto, releva dizer que a sentença foi proferida nestes autos no ano de 2006 e a sentença que determinou a unificação de diversos outros processos envolvendo os réus foi proferida em momento posterior, ou seja, em 02/12/2008 (fls. 1.023/1.080), não sendo o caso de se falar em unidade de julgamento.

Assim sendo, a distância existente entre as fases dos diversos processos em questão constitui motivo relevante para que não sejam reunidos, a evidenciar que a separação dos processos é a medida mais adequada ao presente caso.

Afastada a hipótese de reunião dos feitos, nenhum prejuízo advirá aos recorridos, eis que a unidade dos processos se dará posteriormente, para fins de soma ou unificação das penas (artigo 82 Código de Processo Penal).

Confirmam-se os julgados colacionados pelo *parquet* federal:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - PROCESSO PENAL - PREVENÇÃO - CONEXÃO E CONTINÊNCIA - MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO PENAL GERADORA DA PREVENÇÃO SENTENCIADA - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A REUNIÃO DOS PROCESSOS - CONFLITO PROCEDENTE.

1. Embora fosse possível vislumbrar a existência de continência (art. 77, inc. I do Código de Processo Penal) e conexão instrumental (art. 76, inc. III do Código de Processo Penal) entre o feito criminal nº 2005.60.05.001370-9, distribuído originariamente ao Juízo Federal da 1ª Vara de Ponta Porã/MS, e o feito criminal nº 2005.60.05.001276-6, que tramitava perante o Juízo Federal da 3ª Vara de Campo Grande/MS, a atual situação processual das ações penais não recomenda mais o *simultaneus processus*.

2. Há um momento procedimental limítrofe para a unificação de processos, qual seja a prolação de sentença em um dos processos, seja ou não o prevalente, conforme dicção do art. 82 do Código de Processo Penal, postergando-se algum tipo de unificação para a execução penal.

3. Ora, consultando o sistema informatizado de andamento processual desta Corte, observa-se que a ação penal nº 2005.60.05.001276-6, em trâmite junto ao Juízo da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, já foi sentenciada em 04.04.07, encontrando-se, hoje, neste Tribunal para julgamento de apelação.

4. Assim, a eventual reunião de processos, *in casu*, não terá mais utilidade alguma, uma vez que, como ensina JULIO FABBRINI MIRABETE, “não haveria sentido na reunião de processo com sentença, ainda que não transitada em julgado, a outros, já que o juiz não poderá alterá-la

para incluir outras infrações em uma mesma decisão” (“Processo Penal”, 2ª. ed., Atlas, p. 178).
5. Conflito julgado precedente.

(TRF - 3ª Região - Processo CC 200603000246219 CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 8890 - Relator JUIZ HELIO NOGUEIRA - PRIMEIRA SEÇÃO - DJU DATA: 06/09/2007 PÁGINA: 575)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONEXÃO. ART. 82 DO CPP. REUNIÃO DE PROCESSOS APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE.

- Nos termos do art. 82 do CPP, após ser proferida sentença definitiva, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

- *Writ* denegado.

(STJ - HC 200601345616 - HC - HABEAS CORPUS - 61369 - Relator FELIX FISCHER - QUINTA TURMA - DJ DATA:04/12/2006 PG:00348).

Dito isso, não há que se falar em unificação dos feitos.

A defesa de EZIO RAHAL MELILLO requer, também, a nulidade da sentença, uma vez que as provas do processo foram colhidas de forma arbitrária e ilegal pela Polícia Federal, uma vez que restringia a busca apenas em determinado endereço ou escritório do corréu FRANCISCO.

Vejam os teores do Mandado de Busca e Apreensão em comento, determinado nos autos do Procedimento Criminal Diverso de nº 2000.61.08.004738-6 (fls. 795):

DOUTOR HERALDO GARCIA VITTA, Juiz Federal da Vara acima referida, AUTORIZA o Delegado de Polícia Federal de Bauru a proceder a BUSCA E APREENSÃO domiciliar de objetos e documentos que tenham relação com a participação no delito praticado nos termos do Art. 171, §3º e 299 do Código Penal (CPP, art. 240, §1º, alíneas “c”, “d”, “e” e “h”), *no imóvel situado na Rua Alferes Antonio Teixeira R. Pinto, nº 65, Vila Santa Helena, São Manuel, residência e/ou escritório de Francisco de Moura e Silva, ou em outro lugar em que se apure situar*, tudo com autorização de arrombamento de portas e cofres, acaso oferecida resistência por quem quer que seja (Art. 245, parágrafo 2º, CPP).

A apreensão dos documentos ocorreu no dia 07/07/2000, junto ao escritório de advocacia localizado na Rua Coronel Rodrigues Simões, 191, São Manuel/SP, local identificado como escritório do corréu FRANCISCO, sendo tal ato acompanhado por um representante da OAB, conforme se observa do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 09/28.

Como se vê, a diligência que culminou na busca da CTPS de Aparecido Torqueti, entre outras, foi realizada nos termos da autorização judicial, observada a estrita legalidade, já que não se restringia, conforme quer fazer valer a defesa, ao endereço declinado no mandado.

A defesa de EZIO requer, ainda, a conversão do julgamento em diligência, a fim de determinar a nova oitiva de Aparecido Torqueti, Manoel Goes e Luiz Manoel Driziani.

Afirma que o agente da polícia federal Luiz Manoel Driziani teria afirmado, em declaração que, salvo melhor juízo, não consta dos autos, que havia uma escola de computação envolvida no preenchimento e produção de diversas CTPS's a pedido do corréu FRANCISCO, bem como, havia notícias da instauração de procedimento administrativo no âmbito do Ministério do Trabalho para apurar tais fatos.

Assim, em busca da verdade real, requer seja a CTPS de Aparecido Torqueti submetida

a nova perícia, para aferir se a mesma foi impressa pelo Ministério do Trabalho ou falsificada em alguma gráfica local; bem como, que seja oficiado o Ministério do Trabalho para que traga aos autos cópia do mencionado processo administrativo instaurado; e, ainda, para que o declinado agente de polícia federal seja reinquirido a fim de esclarecer o nome dessa escola de computação.

Tais diligências não têm cabimento no presente caso, e somente terão serventia para a procrastinação do presente julgamento.

Cabe ressaltar que os réus não estão sendo condenados pela prática do crime de falsidade, uma vez que a falsidade, no caso, funcionou como crime meio, absorvido pelo crime fim, qual seja, o estelionato.

Assim, totalmente dispensável a averiguação do local em que foi confeccionada a CTPS de Aparecido Torqueti, mormente porque a mesma foi devidamente periciada, nos termos do Laudo Documentoscópico de fls. 201/203.

O procedimento administrativo supostamente instaurado a fim de averiguar eventual envolvimento do corréu FRANCISCO e funcionários do Ministério do Trabalho também não guarda relação com o presente caso.

No tocante à nova oitiva de Manoel Gomes, pretende-se que este reconheça, sob o compromisso de dizer a verdade, que foi o autor das assinaturas lançadas em seu nome na CTPS de Aparecido Torqueti, bem como reconheça a assinatura do ex-prefeito de São Manuel, Paulo Rene de Barros, nela também consignada.

Sobre Aparecido Torqueti, sua reinquirição teria o fim de esclarecer a contradição constante em seus depoimentos quanto à pessoa para quem entregou sua CTPS.

A respeito desses requerimentos, esclareço que consta às fls. 195 o depoimento de Manoel Gomes em sede policial e, às fls. 502, seu depoimento em juízo. Aparecido Torqueti, por sua vez, foi ouvido em pelo menos 04 oportunidades (fls. 166, 191/192, 194 e 209), sendo, portanto, desnecessário, a meu ver, suas reinquirições.

É imperioso ressaltar que o corréu EZIO não arrolou Manoel Gomes e Aparecido Torqueti como suas testemunhas (fls. 514), e, em momento oportuno, questionado pelo Juízo, declarou que não tinha interesse em produzir outras provas (fls. 678).

Deixo consignado, que as provas colhidas nesses autos são suficientes para esclarecer o fato criminoso apurado, notadamente, para análise das teses defensivas desse corréu e do corréu FRANCISCO, não havendo necessidade de novas diligências além das que já foram produzidas para a formação de meu convencimento.

Rejeitadas todas as preliminares e indeferidas todas as diligências requeridas, prossigo na análise dos méritos recursais.

Pois bem.

Segundo consta, Aparecido Torqueti a fim de requerer sua aposentadoria, procurou o escritório de advocacia de FRANCISCO ALBERTO DE MOURA SILVA, entregando-lhe três CTPS's. Sua primeira CTPS era como "menor trabalhador", nela constando um registro junto à Prefeitura do Município de São Manuel/SP, de 1968 até 1973, apesar de alegar ter trabalhado sem registro de 09/1964 a 06/1965, retornando em 04/1966, permanecendo até 15/02/1973. Esse réu, então, teria o orientado a solicitar uma declaração junto à Prefeitura, acerca do tempo de serviço prestado, na qual, segundo se recorda, constava como ininterrupto, apesar de ter ficado alguns meses sem trabalhar (fls. 191/192).

Às fls. 194, Aparecido Torqueti esclareceu que as funções realizadas como trabalhador

rural constante de sua CTPS sempre foram como corte de cana, e as últimas, como motorista, e não como tratorista ou pulverizador, função que nunca exerceu. Afirmou que as atividades profissionais que lhe foram atribuídas às fls. 106 (ou 112) por FRANCISCO e EZIO não espelham a verdade.

Às fls. 209, ainda extrajudicialmente, declarou:

QUE confirma suas declarações anteriores; QUE quanto a certidão de fls. 23/24, o próprio depoente foi quem formulou o pedido junto à Prefeitura, aguardou por uns 15 dias e a obtivera, entregando-a posteriormente, ao advogado “CHICO MOURA”, junto com sua carteira de trabalho, a de fls. 33 dos autos, para que ele cuidasse de sua aposentadoria; QUE não sabe dizer porque razão “CHICO MOURA” não usou a certidão, que espelha a verdade do que ocorreu, no Processo em questão; QUE afirma com certeza que a CTPS de fls. 33, quando da entrega para “CHICO MOURA”, não estava danificada, não tinha a fita adesiva colando as páginas 08 e 09, conforme se verifica nesta ato; QUE também não tinha a anotação de fls. 29; QUE não sabe dizer porque razão houve a colocação da tal fita adesiva, bem como da anotação de fls. 29; QUE afirma também com certeza que sua carteira, ao ser entregue par “CHICO MOURA”, tinha apenas o registro da Prefeitura de 1969 a 1973; QUE o declarante não tem explicação para a existência do registro da página 08 de sua CTPS, pois o que estava antes era o registro a partir de 1969, não de 1964, conforme consta atualmente; QUE não é verdade que o reinquirido tenha trabalhado na Prefeitura, direto, de 1964 a 1973, pois na verdade nesse período houve uma interrupção, conforme consta da Certidão de fls. 23/24; QUE só pode ter sido “CHICO MOURA” quem fizera adulterações na sua carteira, pois o reinquirido não foi e a carteira ficou com ele, não lhe sendo devolvida; QUE o reinquirido desconhecia a utilização de qualquer documento falso em seu processo de benefício; QUE até a presente data nada recebeu; QUE o reinquirido nunca trabalhou como “PULVERIZADOR”, portanto não expressa a verdade as anotações constantes do documentos de fls. 106 dos autos, pois o reinquirido nunca exerceu atividade nas condições mencionadas.

Manuel Gomes, secretário na Prefeitura de São Manuel, no período de 1947 a 1980, em sede policial, reconheceu a assinatura do prefeito da cidade, na época, Paulo Rene de Barros, às fls. 08 da CTPS de Antonio Torqueti, bem como a sua própria assinatura no campo abaixo (data da saída), e às de fls. 19 e 20 da CTPS (anotações relativas a férias e imposto sindical). Observou, porém, que a anotação constante às fls. 29 da CTPS não partir de seu punho, tampouco conhece a caligrafia nela constante, estranhando, ainda, o fato de em tal anotação constar somente o seu nome, sem assinatura.

A anotação mencionada acima é no seguinte sentido (fls. 38):

Por determinação do DRT de São Manuel, regularizamos o período trabalhado pelo servidor público, motivo este de vínculo trabalhista em vários períodos, onde o senhor fiscal do INPS - Dr. Ariovaldo Berro, determinou a regularização na admissão de 01 de setembro de 1.964, com a devida baixa em 15 de fevereiro de 1973 - função lixeiro.

Em juízo, Manoel Gomes afirmou que nada averbou na CTPS de Aparecido Torqueti, tendo, apenas, fornecido certidão comprovando o tempo de trabalho desse segurado, nos termos dos dados constantes dos documentos da Prefeitura (fls. 502).

Às fls. 565/568, constam o Registro de Empregado expedido pela PMSP de São Manuel, nela constando a data de admissão de Aparecido Torqueti em 02/02/1968 e dispensa em 15/02/1973. Às fls. 182/185, consta o controle de folha de pagamento desse segurado, relativos aos pagamentos de 09/1964 a 06/1965 e de 04/1966 a 06/1967 e de 11/1967 ao 13º de 1967.

O Laudo de Exame documentoscópico (grafotécnico), ao examinar a CTPS de Aparecido Torqueti, concluiu pela ausência de vestígios de adulteração ou vestígios de montagens no documento, bem como, a inexistência de elementos capazes de imputar a autoria dos lançamentos nele constante, a qualquer dos fornecedores dos padrões gráficos, nos quais se inserem os réus. Assinalou, no entanto, a existência de fita adesiva incolor unindo as páginas 8 e 9 do documento (fls. 201/203).

A meu ver, a falsificação da CTPS de Aparecido Torqueti restou comprovada.

O segurado categoricamente afirma que nela apenas constava a anotação de que seu período de trabalho era do ano de 1969 a 1973. Tanto que foi orientado por FRANCISCO a providenciar uma certidão da Prefeitura, referente aos anos anteriores em que trabalhou sem registro. Afirmou, também, que não existia a anotação de fls. 29 no documento.

As afirmações desse segurado são presumivelmente verdadeiras, haja vista que no registro de empregados fornecidos pela Prefeitura, consta que Aparecido foi funcionário de 02/02/1968 e dispensado em 15/02/1973.

Manoel Gomes, apesar de reconhecer sua assinatura e a do prefeito no contrato de trabalho de fls. 08 do documento, afirma não ter sido o responsável pelas anotações de fls. 29. O que também reputo verdadeiro, haja vista que não consta sua assinatura abaixo da anotação, tampouco a caligrafia lhe pertence.

O laudo pericial, embora reconheça a veracidade da CTPS do documento, anotou a presença de fitas adesivas colando as folhas 08 e 09 ao mesmo, sendo a folha 08 exatamente a que Aparecido e os documentos expedidos pela prefeitura dizem que não condiz com a verdade, já que nela consta o período de trabalho, ininterrupto, de 01/09/1964 a 15/02/1973.

Além disso, Aparecido negou que tivesse trabalhado como pulverizador, conforme constou do documento elaborado por EZIO e sua sócia, às fls. 112, o que vem comprovado pelas declarações do próprio empregador (fls. 94/110).

Assim, não tenho dúvidas de que a CTPS de Antonio Torqueti foi adulterada, constando período e atividades que não constavam originalmente, a fim de instruir processo judicial para obtenção de aposentadoria especial.

Anoto que o prejuízo do INSS restou demonstrado, eis que, embora o benefício não tenha sido implementado, a ação judicial interposta em primeira instância foi provida, chegando a subir a esta Corte Regional, para fins de julgamento interposto pelo INSS, que somente não foi julgado, porque houve o desbaratamento pela Polícia Federal da fraude perpetrada pelos réus, sendo tal fato noticiado nos autos previdenciário.

Comprovada, portanto, a *materialidade* delitiva da tentativa de estelionato, estando presentes a fraude, consistente na falsificação da CTPS; a vantagem ilícita, consistente no recebimento de honorários do valor a ser recebido pelo segurado; e o prejuízo alheio que seria sofrido pela Autarquia Previdenciária, obstado somente pela deflagração das investigações criminais em foco.

As *autorias*, da mesma forma, são indenens de dúvidas.

Vejamos.

FRANCISCO, em sede policial, negou as acusações e esclareceu que trabalhava com EZIO há aproximadamente 10 anos, sendo esse réu quem sempre representava os clientes em juízo. Os honorários eram combinados e pagos a EZIO, no valor de 30% do valor recebido, sendo sua parte, 10% (fls. 211/215). Em juízo, acrescentou que quando cursou a faculdade de direito, fazia estágio e trabalhava no escritório de EZIO, na cidade de São Manuel/SP. Esclareceu que atendia os clientes no escritório junto com EZIO, o qual, antes de 1997 (data em que FRAN-

CISCO sofreu um acidente automobilístico), dava atendimento de segunda a sexta, das 8h ao meio dia; depois, passou a atender de segunda, quarta e sexta; reduzindo, posteriormente, para terça e quinta; e, por fim, apenas às terças-feiras. Com relação aos fatos, declarou que recebeu os documentos providenciados pelo próprio segurado, tendo sido ele quem declarou que era pulverizador. Ressalta que a ação de Antonio foi julgada procedente em 04/1998, quando estava afastado de suas atividades profissionais por causa do acidente que sofreu (fls. 331/332).

EZIO, em sede policial, também negou as acusações e declarou que recebia a documentação já preparada por FRANCISCO e, se estivesse tudo certo, preparava e protocolizava o pedido na via judicial, ficando responsável pelo acompanhamento da ação e recebimento dos valores devidos, bem como honorários, que eram fixados em 30%, divididos entre ele e sua sócia e FRANCISCO (fls. 216/219). Em juízo, acrescentou que os documentos dos clientes de FRANCISCO eram todos cópias dos originais, limitando-se a verificar se os segurados preenchiam os requisitos da ação para ajuizamento. Por fim, afirmou que nunca teve escritório em São Manuel/SP (fls. 330).

Registro a existência de diversos testemunhos (fls. 230/250 e 278/281), cujas declarações pertencem a outros autos e aqui são provas emprestadas, que, notadamente, auxiliam na formação da culpa ao corroborar a forma de atuação do advogado.

Da análise dessa documentação, percebe-se o *modus operandi* dos réus, que normalmente solicitava aos seus clientes que providenciassem CTPS novas sob alegação de terem perdido as originais, para que pudessem proceder aos falsos lançamentos, bem como as adulterações, revelando, ainda, como orientavam tais clientes após apreensão das carteiras de trabalho.

Consta, também, como FRANCISCO agia, usando de sua autoridade como Vice-Prefeito, ao pedir para os empregados da Prefeitura preencherem campos em branco de diversas CTPS's, com nomes de empregadores, vistos, datas de admissão e saídas nos contratos de trabalho, bem como preenchimento de livro de registro de empregados (fls. 265/275).

Nestes autos, em sede judicial, a testemunha José Raul Gonçalves declarou que entregou a FRANCISCO duas carteiras de trabalho, uma antiga e uma nova, esta última sem nenhum registro. Perante a autoridade policial, ao verificar a carteira nova, verificou a anotação de vínculos trabalhistas inexistentes. Ao ser intimado para prestar declarações perante a Polícia Federal, foi orientado por FRANCISCO e EZIO a faltar com a verdade, confirmando o vínculo mentiroso (fls. 504).

João Luiz Rodrigues, por sua vez, declarou que procurou o escritório de FRANCISCO entregando-lhe sua CTPS antiga e outra nova sem qualquer registro, tendo esse réu, na sua presença, preenchido sua carteira nova com um contrato de trabalho falso, retirando da carteira antiga sua fotografia para colocar na nova. O contato com o corréu EZIO ocorreu durante o processo de aposentadoria (fls. 507).

As testemunhas, Sueli Aparecida Silvério e Silvia Regina Cavalheiro, ambas menores de idade e “legionárias mirins” da prefeitura, na época em que FRANCISCO era vice-prefeito, declararam, em uníssono, que esse réu comumente as chamavam, assim como a outros legionários, para que comparecessem em seu escritório, a fim de preencherem algumas carteiras de trabalho. Sob sua orientação direta, determinava aos legionários, que preenchessem os campos relativos ao contrato de trabalho, anotações de férias e alterações respectivas, bem como os nomes dos empregadores e as datas dos contratos (sempre antigas), as quais eram sempre fornecidas pelo próprio réu, que também lhes pedia que alternassem as cores das tintas das canetas e o padrão de grafia, para que escrevessem ora em letra de forma, ora em letra corrida (fls. 505/506).

Aparecido Torqueti, ouvido em juízo, confirmou o *modus operandi* dos réus, ao relatar um cenário semelhante, isto é, que entregou suas três CTPS's para os réus, a fim de que patrocinassem seu pedido de aposentadoria em juízo, constando em sua primeira CTPS período de vínculo trabalhista junto à Prefeitura que antes não existia. Nesta ocasião, afirmou que entregou as carteiras a EZIO, embora tenha dito em suas declarações anteriores, que as entregou para FRANCISCO, atribuindo sua confusão ao fato de que ambos trabalhavam juntos (fls. 500/501).

Maria Helena de Mello Martins, amiga dos réus, afirmou que ambos eram sócios e mantinham um escritório em São Manuel (fls. 638).

Nilze Maria Penheiro Aranha, sócia de EZIO no escritório de advocacia em Botucatu/SP, declarou que seu escritório tinha parceria com o escritório de FRANCISCO, e, nessa condição, recebiam os documentos que lhes eram enviados para que ajuizassem ações previdenciárias. Afirmou que o escritório de São Manuel pertence somente a FRANCISCO (fls. 649/650). Nesse sentido as declarações dos funcionários do escritório, na época, Marcos Paulo Leite Vieira (fls. 651), Fabio Roberto Piozzi (fls. 652) e Mario Roque Simões Filho (fls. 653/654).

As testemunhas ouvidas às fls. 560/561, 613/616, 647/648 e 656/657 nada acrescentaram aos fatos.

Como visto, as provas das autorias de ambos os réus são robustas.

Do conjunto probatório infere-se que ÉZIO, advogado militante na cidade de Botucatu-SP e região, possuía uma parceria de atendimentos, distribuição de ações e divisão de honorários com FRANCISCO, também causídico e pessoa bastante conhecida da população na cidade de São Manuel-SP, forte militante na área trabalhista e previdenciária, bem como, política.

O atendimento preliminar era feito no escritório de FRANCISCO, que em geral era o responsável por angariar clientes, pessoas simples, trabalhadoras da zona rural e de pouca instrução, a quem confiavam a documentação necessária para obtenção de benefício previdenciário a partir da entrevista para panorâmica do caso.

Desde o atendimento inicial, os clientes deixavam suas carteiras de trabalho no referido escritório, de molde a instruir o pedido judicial e eram orientados a solicitar uma segunda via do documento. Tal orientação viabilizava o forjamento dos dados utilizados na inicial, que eram, por sua vez, inverídicos porque traçavam datas, períodos, dados e empregadores que não correspondiam à realidade trazida pelo segurado/beneficiário, de molde a justificar a concessão do benefício pleiteado, cujo pagamento, pelas declarações das testemunhas, ora era realizado com a fixação de uma porcentagem de honorários, ora se dava pela retenção dos “atrasados” pelos advogados.

A fraude foi descoberta com a apreensão de aproximadamente 800 (oitocentas) carteiras de trabalho no escritório de FRANCISCO.

Conclui-se, portanto, que FRANCISCO era o responsável por realizar os atendimentos iniciais, usualmente retinha as carteiras de trabalho dos clientes e cuidava da documentação necessária para a propositura da ação previdenciária.

Para a falsificação das carteiras, no intuito de não identificar sua grafia, utilizava-se de legionários mirins da prefeitura, pessoas muito jovens e ingênuas, menores de idade, a fim de preencherem os documentos com dados inverídicos, cuidando para que as mesmas procedessem de forma simulada e clandestina.

ÉZIO responsabilizava-se pela instrução processual dos feitos, inclusive atendendo os clientes que buscavam informações sobre os andamentos de suas respectivas ações, na cidade de São Manuel/SP.

Traçando essas linhas gerais, percebe-se a linearidade da conduta e atuação dos envolvidos o que restou descoberto com a apreensão de das inúmeras carteiras de trabalho no escritório de FRANCISCO.

Essa medida levou o Ministério Público Federal a ingressar com centenas de ações penais visando à investigação e a eventual punição dos réus por fatos semelhantes entre si, sendo os presentes autos resultante da apreensão de um desses documentos, em nome de Antônio Torqueti.

ÉZIO insiste na tese de que desconhecia todo embuste, que segundo alega era tramado por FRANCISCO, na medida em que apenas conduzia o andamento processual das ações, recebendo por cópias os documentos reputados como inverídicos, o que justifica sua total ignorância acerca da fraude.

Sua versão não é sustentável.

Em uma análise inicial, mesmo se considerarmos que FRANCISCO era o responsável por realizar os atendimentos iniciais e usualmente retinha as carteiras de trabalho dos clientes, o argumento de que EZIO lidava somente com a cópia dos documentos não parece crível, na medida em que ele mesmo, em seu interrogatório judicial, afirma comparecer pessoalmente ao escritório de São Manuel, às terças-feiras, contribuindo, inclusive, com o rateio das despesas do local.

Nesse aspecto, seu argumento de defesa reforça a sua participação, justamente porque não é crível que um advogado, que entrevistava pessoalmente seus clientes, comparecia às audiências, acompanhava a instrução processual e que ingressou com centenas de ações, não questionasse, ou que até mesmo não fosse questionado, a respeito dos dados que em confronto com a realidade não eram verídicos.

Como acreditar, portanto, que em nenhuma dessas (centenas) de situações a verdade transparecesse aos olhos dos advogados, um que angariava os clientes e o outro que cuidava do andamento na Justiça das causas?

Evidentemente não há resposta razoável.

Observo que o fato de Aparecido Torqueti ter confundido sobre para quem entregou suas CTPS's não desvincula o corréu EZIO de suas responsabilidades, haja vista a evidente comprovação de que de fato atuava em conluio com FRANCISCO na obtenção de documentos e ajuizamento de ações.

E o fato de Manoel Gomes, em juízo, não se lembrar de ter assinado a CTPS de Aparecido, apesar de nesse sentido declarar, a vista do documento, em sede policial, não altera o contexto fraudulento em questão, uma vez que a falsificação, de qualquer forma, restou comprovada pela montagem do documento.

Não merece prosperar, portanto, qualquer alegação de eventuais contradições nos depoimentos das testemunhas, uma vez que tais declarações em consonância com as provas coligidas nos autos confirmam e esclarecem o *modus operandi* dos réus à saciedade.

Insta salientar, que é indiferente, no que concerne à consumação do delito, se os lançamentos apostos na CTPS em questão, promanaram ou não do punho dos réus.

Em outras palavras, ainda que as anotações inverídicas não sejam de autoria dos réus, estes não estão isentos da autoria da contrafação com intuito de fraude, porque conscientemente utilizaram as informações inidôneas, induzindo terceiro a erro, em detrimento da autarquia previdenciária.

É nessa linha a orientação jurisprudencial desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. PREJUÍZO DE PEQUENA MONTA. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 3º DO ART. 171 DO CP. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1 - A perícia para comprovar a falsidade do carimbo aposto no documento apresentado é desnecessária e irrelevante no delito de estelionato, que prescinde de exame pericial para atestar-lhe a materialidade.

2 - Não pode ser considerado prejuízo e pequena monta o valor equivalente a quase sete salários mínimos.

3 - A aplicação do parágrafo 3º do art. 171 do CP, quando o delito é praticado contra a Previdência Social é matéria sedimentada nesta Corte. Inteligência da Súmula nº 20 do STJ.

4 - Recurso improvido. (TRF 3ª Região, processo nº 97030313108, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal Oliveira Lima, DJ 30/06/1998, p. 285).

Confira-se, por oportuno:

A doutrina e a melhor jurisprudência só tem exigido exame de corpo de delito nas infrações que por sua natureza deixem vestígios (*delicta facti permanenti*) o que não ocorre com o estelionato. Os documentos utilizados para a fraude não constituem vestígios do crime de estelionato, mas instrumentos de sua prática, ingredientes de *mis-em-scène*. (TACRIM-SP, Relator Dante Busana, in JUTACRIM 80/406).

Dessa forma, sob qualquer ângulo que se analise, as responsabilidades pelos lançamentos inidôneos lançados na CTPS de Aparecido Torqueti somente podem ser atribuídas a FRANCISCO e EZIO.

Aliado a isso, não há nos autos explicação plausível para as centenas de carteiras de trabalho encontradas no escritório de São Manuel-SP inquinadas, em sua maioria, de falsos vínculos empregatícios, utilizadas judicialmente para instrução de pedidos de benefícios previdenciários espúrios, em especial a ação ordinária de Aparecido, que é o objeto dos presentes autos.

Por fim, vale dizer que não prospera a insistência de FRANCISCO em se apoiar no infeliz acidente automobilístico sofrido em 11/1997 (fls. 432), uma vez que os fatos em questão se referem a atos anteriores a tal data.

A par de todas as argumentações, tenho que a acusação comprovou satisfatoriamente as condutas narradas na denúncia, que imputam a fraude praticada por FRANCISCO e EZIO.

Logo, o édito condenatório é de rigor e merece ser mantido.

Passo à análise da *dosimetria da pena*.

Na primeira fase da dosimetria, o juízo *a quo* elevou a pena base para 03 anos e 100 dias multa, em razão do artigo 59 do Código Penal, fundamentando o aumento em razão dos péssimos antecedentes dos réus, considerados diante das centenas de inquéritos policiais instaurados visando à apuração de fraudes perpetradas contra a autarquia federal enquanto patronos de causas previdenciárias de pessoas simples e de labor rurícola.

De fato, a pena base deve ser severamente elevada, todavia, por motivo outro que não os antecedentes desabonadores, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Inegavelmente as condutas dos réus merecem maior repreensão por não se tratar de pessoas leigas às letras da lei.

Ao reverso, são advogados experientes, situação que denota culpabilidade acima do normal do esperado para o tipo, na medida em que a reprovabilidade daquele que conhece a lei e a maneja em desfavor do poder público e social, exclusivamente em seu interesse, apresenta

conduta consideravelmente desonrosa e imoral, não condizente com o papel constitucional de auxiliar da Justiça.

Agem, portanto, com maior desvalor do injusto do que pessoa sem formação jurídica específica.

Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça (EDcl nos EDcl no REsp 827940/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 20/04/2009), do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Apelação criminal 2001.51.01.529183-4, Relator: Des. Fed. Liliane Roriz - 2a.Turma Especializada, data do julgamento: 15/09/2009 e Apelação criminal, 2004.50.01.008130-7, Relator: Des. Fed Abel Gomes - 1a.Turma Especializada, data do julgamento: 05/08/2009) e desta Corte (Acr 2000.60.00.007515-1, Relator: Johonsom di Salvo/Primeira Turma, DJU 13/12/2005), corroboram este entendimento.

Outra questão a denotar a má personalidade dos agentes é o fato de se utilizarem de menores de idade (legionários mirins) para falsificarem as carteiras de trabalho, situação que bem demonstra o desprezo pelo próximo e o vil caráter de ambos.

Apesar disso, entendo que o aumento efetuado foi exacerbado, devendo a pena base ser reduzida para 02 anos e 06 meses de reclusão e 25 dias multa, tendo em vista a correção da fundamentação acima exposta.

Não há agravantes ou atenuantes.

De rigor a manutenção do §3º do artigo 171 do Código Penal, eis que a ação foi praticada em detrimento de autarquia federal, o que definitivamente eleva a pena corporal para 03 anos e 04 meses e 33 dias multa.

Presente, porém, a inegável causa de diminuição de pena prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal (tentativa), mantenho a fração adotada na sentença (1/3), uma vez que o réu já havia percorrido grande percurso do *iter criminis*. Lembre-se que a ação ajuizada em 08/1997 havia sido procedente em primeiro instância e aguardava julgamento da apelação do INSS nesta Corte Regional.

Assim, reduzo a pena em 1/3, que resta definitivamente fixada em *02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 22 dias multa*.

O *quantum* do dia multa deve ser mantido em 1/10 do salário mínimo, à minguia de recurso da acusação e insurgência específica dos réus. Ademais, tal valor mostra-se módico frente às condições econômicas dos réus, que eram advogados atuantes na região interiorana de São Paulo.

Em relação ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, fica mantido o aberto, *ex vi* do artigo 33, § 2º, “c” e § 3º, do CP.

O Juízo “a quo” não autorizou a substituição das penas privativas de liberdade, e quanto a isso os réus não se insurgiram, motivo pelo qual, nada há que se alterar.

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas e dou parcial provimento aos recursos dos réus, para reduzir a pena base de ambos, restando ao final, para cada réu, fixadas em 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 22 dias multa.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0010041-15.2005.4.03.6181
(2005.61.81.010041-0)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, MARCELO MAIORINO E LUIS FABIO MING DE CAMARGO

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: ACr 45031

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2014

EMENTA

PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINARES REJEITADOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. CONTINUIDADE DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME SEMI-ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. O processo administrativo disciplinar, que concluiu pela responsabilidade dos réus, desenvolveu-se de forma regular e com observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Preliminar de nulidade do processo administrativo rejeitada.

2. Legalidade do indeferimento de realização de perícia no Sistema de Informática da Receita Federal visto ser a diligência infundada, desnecessária ou protelatória. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

3. Materialidade e autoria comprovadas.

4. Pena-base majorada com fundamento nas circunstâncias e consequências do crime.

5. Continuidade delitiva demonstrada, uma vez que a conduta de alterar indevidamente dados nos sistemas informatizados da Receita Federal repetiu-se por vários meses, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Pena-base elevada em 2/3 (dois terços), haja vista o elevado número de crimes.

6. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto os réus não preenchem os requisitos previstos no artigo 44, I e III, do Código Penal.

7. A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente no regime semi-aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal.

8. Preliminares rejeitadas. Apelação dos réus desprovida. Apelação do Ministério Público parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

à apelação dos réus e dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, para majorar a pena privativa de liberdade para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semi-aberto, e a pena de multa para 161 (cento e sessenta e um) dias-multa, com o valor unitário de cada dia-multa estabelecido em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPEO:

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo *Ministério Público Federal* e pela defesa de *Marcelo Maiorino* e *Luis Fábio Ming de Camargo*, objetivando a reforma da sentença de fls. 1890/1895, que condenou ambos à pena de 02 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto e ao pagamento de 10 dias-multa, fixado à razão de 1/30 do salário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 313-A do Código Penal.

Consta da denúncia que no período compreendido entre novembro/2001 e dezembro/2002, os referidos servidores, ora apelantes, na qualidade de Técnicos da Receita Federal do Brasil, alteraram indevidamente dados nos sistemas informatizados do citado órgão, com o objetivo de quitar débitos fiscais que pendiam contra determinadas empresas. Para tanto, utilizaram-se dos seus respectivos CPF's e senhas de acesso ao sistema, como também do CPF e senha de outro servidor, Antônio Carlos Pestana, contra o qual não foi oferecida denúncia. Os apelantes foram denunciados como incursos nas penas do art. 313-A do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 08 de fevereiro de 2006 (fls. 1591/1595).

Os réus foram interrogados (fls. 1662/1671), apresentando defesa prévia (fl. 1677) e rol de testemunhas (fls. 1491/1492 e 1719/1721).

As testemunhas de acusação foram ouvidas às fls. 1699/1713 e, as de defesa, às fls. 1771/1782.

O Ministério Público Federal apresentou alegações finais às fls. 1814/1829 e a de defesa às fls. 1835/1871.

Proferida sentença às fls. 1890/1895, os réus foram condenados às sanções previstas no art. 313-A, do CP, por entender o MM. Juízo de primeira instância que a materialidade restou demonstrada pelos documentos colhidos no curso do Processo Administrativo nº 10880.007651/2003-77, bem como a autoria restou comprovada com base nos documentos dos autos e nos testemunhos colhidos em Juízo (fls. 1890/1895).

Em suas razões o Ministério Público Federal pugna pela majoração da pena-base, notadamente em razão das circunstâncias do crime e do prejuízo causado ao erário; b) pelo reconhecimento da continuidade delitiva; c) pela fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena; d) pela majoração da pena de multa; e) pela não substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos e, f) na hipótese de não serem aumentadas as penas privativas de liberdade requereu que sua substituição seja feita por uma segunda pena de multa, além da prestação pecuniária em favor de entidade assistencial (fls. 1897 e 1901/1922).

Por sua vez, os apelantes Marcelo e Luis alegaram, em síntese, que a) a comissão que presidiu o processo administrativo não determinou a produção de todas as provas imprescindíveis à apuração dos fatos, notadamente a pericial, de maneira que houve cerceamento de defesa; b) que não restou demonstrada nestes autos a autoria dos réus; c) que o servidor Antônio Carlos Pestana também deveria ter sido processado; d) que o sistema informatizado da Receita Federal do Brasil é suscetível de falhas e invasões e que, com a comprovação da fragilidade do sistema, das inúmeras falhas no controle de senhas e da efetiva comprovação de que houve a utilização de senhas por terceiros à época dos fatos, ficaria afastada a presunção de que os atos considerados ilícitos foram praticados por eles e, e) na hipótese de ser mantido o decreto condenatório, requerem a fixação da pena dos réus no mínimo legal.

A defesa apresentou contrarrazões (fls. 1960/2002), assim como o Ministério Público Federal (fls. 2077/2091).

Nesta instância, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo desprovimento da apelação interposta pela defesa e pelo provimento do apelo ministerial.

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPEO

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Das preliminares.

Inicialmente, sustentam os réus que as diligências empreendidas no âmbito administrativo não lograram provar a autoria e a materialidade delitivas, motivo pelo qual há que ser decretada a nulidade do processo administrativo.

Aduzem, outrossim que a não realização de perícia, prova imprescindível para a comprovação da falibilidade do sistema informatizado da Receita Federal, ocasionou cerceamento de defesa, de modo que o processo deve ser anulado.

Caso não sejam acolhidas as preliminares, requerem sua absolvição, à vista da ausência de provas a justificar a condenação.

A preliminar de nulidade do processo administrativo deve ser rejeitada, porquanto o processo administrativo disciplinar nº 10880.007651/2003-77, que concluiu pela responsabilidade dos réus, desenvolveu-se de forma regular e com observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (fls. 1.407/1.452).

A preliminar de cerceamento de defesa, do mesmo modo, há que ser rejeitada.

Na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, a defesa postulou: a) realização de perícia no Sistema de Informática da Receita Federal; b) realização de perícia em todos os computadores do CAC/Pinheiros no período dos fatos, bem como em todo o período de atividade; c) realização de perícia em todos os computadores das diversas áreas da Receita Federal nas quais ocorreram fraudes, especialmente no CAC/Tatuapé, CAC/Luz e Viracopos, sem prejuízo dos demais que vierem a ser apurados (fls. 1.787/1.791).

Tal pedido foi devidamente indeferido, sob o fundamento de que “os fatos cuja ocorrência a defesa quer sejam submetidos à perícia não decorrem da instrução do feito em juízo” (fl. 1.809).

Destaco o entendimento firmado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido da legalidade do indeferimento fundamentado de diligências, quando infundadas, desnecessárias ou protelatórias:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL DE JOSÉ GERALDO SOLON. PROCESSO PENAL. CRIME DO ART. 313-A DO CÓDIGO PENAL (INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA INFORMATIZADO). PEDIDO DE DILIGÊNCIAS INDEFERIDO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA Nº 07 DESTA CORTE. QUESTÕES ALEGADAS, MAS NÃO DEBATIDAS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nº OS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA: 2/3 (DOIS TERÇOS). 20 (VINTE) CONDUTAS. LEGALIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A teor do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, C.C. o art. 3º do Código de Processo Penal, é possível ao Relator apreciar o mérito do recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade. Questão, ademais, superada com o julgamento do agravo regimental. Precedentes.

2. *Conforme jurisprudência pacífica das Cortes Superiores, não há ilegalidade no indeferimento de diligências, quando o magistrado o faz fundamentadamente, por considerá-las infundadas, desnecessárias ou protelatórias, como na hipótese em tela.* Para se concluir diversamente do compreendido pelas instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conteúdo fático-probatório, o que atrai a incidência do óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. As questões referentes à condenação e individualização das condutas dos Acusados; à majorante do art. 327, § 2º, do Código Penal; e à perda do cargo público com lastro no art. 92, inciso I, alínea a, do Código Penal, conquanto aduzidas na apelação criminal, não foram apreciadas pela Corte de origem, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial. Ademais, contra o acórdão não foram opostos embargos de declaração, tampouco se alegou ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal no recurso especial. Assim, incidem os verbetes sumulares nºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, AgRg no REsp 1248230/RJ, julgado em 11.02.2014, DJe de 26.02.2014). Os grifos não estão no original

Registre-se, por outro lado, que a alegada falibilidade do sistema adotado pela Secretaria da Receita Federal já havia sido analisada no aludido processo administrativo disciplinar nº 10880.007651/2003-77 (fl. 1.439):

No que diz respeito à falibilidade dos sistemas informatizados, não é demais repetir (como exposto no parágrafo 27 deste relatório) que os sistemas da Secretaria da Receita Federal são cercados por diversas políticas de segurança, emanadas pelo Órgão Gestor de Segurança da COTEC/SRF, baseadas em relatórios de análise de riscos elaborados por empresas de competência reconhecida. As respostas esclarecem ainda que, embora não exista sistema inexpugnável, todos são concebidos para não serem violados, só se podendo mensurar a vulnerabilidade após a ocorrência de incidente de segurança daí, depreende-se que não ter havido registros de violação (incidente de segurança) ocorridas nos sistemas da Secretaria da Receita Federal.

Com efeito, a produção da prova pericial tal como requerida pelos réus, como bem salientado pelo Ministério Público Federal configuraria “uma verdadeira auditoria no sistema de informática de vários setores da Receita Federal, ou seja, uma prova que extrapola em muito

a apuração dos fatos concretos desta ação penal.” (fl. 2.088).

Outrossim, como já explicitado, o relatório da Comissão de Inquérito de fls. 1.407/1.452 foi conclusivo no sentido da responsabilidade dos réus.

Além do mais, não há que se falar em prejuízo para a defesa, pois a materialidade e a autoria foram devidamente comprovadas no decorrer da instrução, como a seguir será demonstrado.

Passo à análise do mérito.

Da materialidade e da autoria.

A denúncia foi oferecida com base no processo disciplinar nº 10880.007651/2003-77, instaurado pela Corregedoria Geral da Receita Federal, nos seguintes termos (fls. 02/12):

1. Consta da inclusa documentação (cópia do processo disciplinar nº 10880.007651/2003-77) e, de forma resumida, no esclarecedor e bem fundamentado relatório elaborado pela Comissão de Inquérito do referido Processo Disciplinar, da Corregedoria- Geral da Receita Federal (fls. 1360-1405), que os denunciados, técnicos da Receita Federal, lotados e em exercício no Centro de Atendimento ao Contribuinte - CAC/Pinheiros/DERAT/SPO, de forma voluntária e consciente, autonomamente ou em unidade de desígnios, alteraram indevidamente dados nos sistemas informatizados da Receita Federal, no período compreendido entre novembro de 2001 e dezembro de 2002, em benefício de algumas pessoas jurídicas, com a quitação de débitos fiscais pendentes referentes a essas empresas.

Os denunciados, utilizando-se de seus CPFs e de suas senhas pessoais de acesso aos sistemas, bem como do CPF e da senha do servidor ANTÔNIO CARLOS PESTANA, praticaram as condutas descritas a seguir, todas relacionadas a alterações de dados nos sistemas informatizados da Receita Federal, com o fim de beneficiar algumas pessoas jurídicas:

A) Efetuaram alocações manuais de pagamentos efetuados por contribuintes cujos débitos se encontravam em situação “suspensão por medida judicial” (hipótese em que o pagamento fica disponível no sistema) em favor e para quitar débitos de outros contribuintes, beneficiando esses últimos.

(...)

B) Efetuaram alocações manuais de pagamentos com data de arrecadação inferior à data de vencimento do débito, utilizando pagamentos de contribuinte diverso daquele do débito vencido, o que só se permite mediante a formalização de processo administrativo. Exemplificativamente:

(...)

Salienta-se que, nos itens “A” e “B”, a simples conduta de terem alocado pagamentos de um contribuinte em débitos de contribuinte diverso, por si só, já é irregular, já que uma possível compensação entre débitos de contribuintes diferentes só poderia ser procedida mediante formalização de procedimento administrativo fiscal, o que não ocorreu em ambos os casos.

C) Efetuaram alocações manuais de pagamentos com diferença de mais de cinco anos entre a data de arrecadação do pagamento utilizado e a data de vencimento do crédito beneficiado, ou seja, utilizaram pagamentos em aberto do próprio contribuinte que já se encontravam alcançados pela decadência.

(...)

D) Efetuaram retificações indevidas de pagamentos encontrados no Sistema de Informação da Arrecadação Federal - SINAL em “delegacias outras”, alterando o campo da DARF referente ao “período de apuração” para 08/08/80, o que possibilita a posterior alocação de referidos pagamentos em processos de parcelamento. Assim, efetuaram alocações manuais de pagamentos pertencentes a outros contribuintes, em processos de parcelamento, encerrando-os e, conseqüentemente, desonerando os contribuintes da obrigação de pagamento dos créditos tributários parcelados.

(...)

E) Fizeram uso da senha de acesso aos sistemas da Receita Federal, do servidor Antônio Carlos Pestana, TRF, matrícula SIAPECAD nº 56.947, CPF nº 009.705.478- 03, lotado e com exercício na DRF/Guarulhos, tentando “acobertar” algumas de suas condutas irregulares (fls. 1298 a 1309 do Volume VI, e fls. 197 a 200 do Anexo II e 1291 do Volume VI), visando, por exemplo: E. 1) o encerramento irregular do processo de parcelamento nº 11831.003134/2002-96, da EMPRESA ELETRÔNICOS PRINCE INDÚSTRIA E COMERCIO IMP. E EXP. LTDA, CNPJ nº 51.553.709/0001-55;

E. 2) o encerramento irregular do processo de parcelamento nº 13807.002254/2002-07 da empresa NEPTOS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA - CNPJ nº 01.968.532/0001-80;

E. 3) o encerramento irregular do processo de parcelamento nº 13807.001085/98-14, da empresa ASSAI COMERCIAL E IMPORTADORA LTDA - CNPJ nº 46.499.224/0001-90;

F) Após ter encerrado indevidamente o processo de parcelamento nº 11831.003134/2002-96, da empresa ELETRÔNICOS PRINCE INDÚSTRIA COMÉRCIO IMP. E EXP. LTDA - CNPJ nº 51.553.709/0001-55, no dia 14/11/2002, e após a proposta de arquivamento, do dia 27/11/2002, o servidor Marcelo Maiorino alterou seus débitos para valor dez vezes maior que o declarado no BIPAR, alocando novos valores de pagamentos de outros contribuintes às dívidas, encerrando-o novamente em 18/12/2002 (fls. 148 a 151 do Anexo II, e 156 a 164 e 167 do Volume 1).

Esses exemplos ilustram claramente o modus operandi dos denunciados. Ambos, enquanto profundos conhecedores e operadores do sistema de informática do Fisco, em especial aquele referente a contas-correntes, como informado por Maria Elena Miranda (fl. 1020), aproveitaram-se das suas brechas para burlá-lo, em proveito de algumas pessoas jurídicas com débitos pendentes, e em prejuízo a outras.

Note-se que na maioria dos exemplos a cooperação entre os denunciados era clara, visto que se utilizavam de pagamentos de empresa em comum ou beneficiavam uma mesma empresa, como, por exemplo, no item “A”, onde se demonstra que os denunciados, um no dia 26/11/2001, outro no dia 27/11/2001, utilizaram-se de pagamentos da mesma empresa (CNPJ nº 13.029.194/0001-08), para alocá-los em débitos de empresas diferentes, ao passo que no item “D” verifica-se justamente o contrário, pois os denunciados, um no dia 03/12/2002, outro no dia 11/10/2002, utilizaram-se de pagamentos que se encontravam em “delegacias outras”, obviamente pertencentes a empresas diversas, e após sua retificação, os utilizaram em um mesmo processo de parcelamento (nº 13 807.002254/2002-07) pertencente à empresa “Neptos Administração e Participações Ltda”, CNPJ 01.968.532/0001-80.

Atuando ou não em conjunto, ambos os denunciados praticaram as condutas típicas aqui descritas.

A materialidade do delito, portanto, está fartamente comprovada nos autos.

O mesmo se pode afirmar com relação autoria delitiva, destacando-se os seguintes pontos:

1) As senhas e os CPFs utilizados em todas as alterações ilegais realizadas nos sistemas foram identificadas como pertencentes a LUIZ FÁBIO MING DE CAMARGO (nº 084.279.538-36), MARCELO MAIORINO (nº 077.792.018-21) e ANTÔNIO CARLOS PESTANA (nº 009705478-03);

2) Todos os eventos ocorreram nos IPs das estações de trabalho ocupadas por LUIS FÁBIO e MARCELO, localizados no CAC/Pinheiros (fls. 1297 a 1302), sendo certo que grande parte deles foi realizada durante o horário de efetivo trabalho dos denunciados no atendimento aos contribuintes, ou pouco antes ou depois, executado pelos denunciados, qual seja, das 08 às 12 horas;

3) O servidor ANTÔNIO CARLOS PESTANA trabalhava no CAC/Guarulhos à época dos fatos, estando comprovada sua presença naquela unidade através da listagem constante de fls. 539/546, motivo pelo qual foi descartada a sua participação nos eventos ilícitos e comprovado o uso indevido de sua senha pelos denunciados (exclusão de responsabilidade - fls. 592/613);

- 4) As operações ilícitas sob exame ocorreram entre novembro de 2001 e dezembro de 2002, ou seja, ao longo de mais de 1 (um) ano, sem que os denunciados identificassem e levassem ao conhecimento superior qualquer utilização indevida de suas senhas;
- 5) Os denunciados efetuavam, periodicamente, a troca de suas senhas, conforme eles mesmos confessaram no processo disciplinar em anexo (fls. 1263 e 1266);
- 6) A utilização simultânea, ou seja, em mais de um IP, por meio de uma mesma senha, é alertada pelo sistema ao usuário (fl. 1374, item 5). Conforme se constatou no processo disciplinar, tal utilização nunca foi objeto de reclamação por parte dos denunciados, diferentemente do que ocorreu com o funcionário Antônio Carlos Pestana (fl. 470), que comunicou o ocorrido à chefia assim que recebeu tal aviso;
- 7) Ambos trabalhavam no mesmo setor, de atendimento aos contribuintes, lado a lado;
- 8) Os dois denunciados compareceram ao trabalho nos dias dos eventos ilícitos (fls. 1065/1120). Expostos os fatos, tem-se a classificação legal.

Como ficou demonstrado, os denunciados, funcionários da Receita Federal, autônoma ou conjuntamente, no exercício de suas funções, alteraram indevidamente (quitando fraudulentamente débitos fiscais pendentes pelos diversos modos antes relatados) dados existentes nos sistemas informatizados da Receita Federal, com o fim de obter vantagem ilícita para algumas pessoas jurídicas. Assim agindo, incorreram nas penas do artigo 313-A do Código Penal.

Dessa forma, em face da robusta documentação em anexo, que aponta para a responsabilidade dos denunciados, o Ministério Público Federal denuncia LUÍS FÁBIO MING DE CAMARGO e MARCELO MAIO UNO, por infração ao artigo 313-A do Código Penal, requerendo que, recebida e autuada a presente, seja instaurado o devido processo penal, citando os denunciados para que se sejam processar e, ao final da regular instrução, julgar.

Requer, por fim, a perda do cargo público ocupado pelos denunciados como efeito da condenação, nos termos do artigo 92, I, a, do Código Penal.

A materialidade delitiva restou amplamente demonstrada pelas provas produzidas no decorrer do processo administrativo disciplinar nº 10880.007651/2003-77 instaurado contra os réus.

De acordo com o relatório elaborado pela Comissão de Inquérito nos autos do processo administrativo disciplinar nº 10880.007651/2003-77, Marcelo Maiorino e Luis Fábio Ming de Camargo cometeram as seguintes irregularidades: a) alocações manuais, no sistema CONTACORPJ, de pagamentos pertencentes a débitos de contribuintes em situação “suspensos por medida judicial” em débitos de outros contribuintes; b) alocações manuais, no sistema CONTACORPJ, de pagamentos com data de arrecadação inferior à data de vencimento do débito, sendo a data de vencimento do débito posterior ao ano calendário de 1997; c) alocações manuais, no CONTACORPJ, de pagamentos pertencentes a um contribuinte em débito de outro contribuinte; d) encerramento de processos de parcelamento por meio de alocações manuais irregulares de pagamentos pertencentes a outros contribuintes, após terem sido retificados indevidamente no campo “período de apuração” para 08/08/80; e) inexistência de documentação que solicitasse e/ou autorizasse quaisquer das retificações efetuadas no sistema SINAL; e f) após ter encerrado indevidamente o processo de parcelamento nº 11831.003134/2002-96, da empresa ELETRÔNICOS PRINCE INDÚSTRIA COMÉRCIO IMP. E EXP. LTDA - CNPJ 51.553.709/0001-55, no dia 14/11/2002, e após a proposta de arquivamento, no dia 27/11/2002, alteraram seus débitos para valor dez vezes maior que o declarado no DIPAR, alocando novos valores de pagamentos de outros contribuintes às dívidas, encerrando-os novamente em 18/12/2002 (fls. 1.407/1.452).

Outrossim, a testemunha da acusação Roberto de Vasconcellos Moreira Cezar, auditor fiscal da Receita Federal, afirmou que (fls. 1.699/1.705):

As apurações tiveram por base a investigação de dados ocorridos no final de 2002 até final de 2003; que a investigação teve início com uma representação da delegacia de Camaçari, esclarecendo que colegas estavam trabalhando em um processo administrativo tributário e constatarem a alocação de pagamentos de contribuintes diferentes, pagamento com CNPJ de um, sendo alocado no CNPJ de outro; que com base no sistema, foram descobertos os CPFs dos réus como o dos responsáveis por essas alocações, que então o escritório de São Paulo percebeu que isso ocorria com outros CNPJs, de outros contribuintes, e ao longo do processo surgiu uma nova representação quanto à alocação de pagamentos de processos de parcelamentos com posterior encerramento desses processos por pagamento com créditos de outros contribuintes (...) que verificaram a alocação de pagamento de um contribuinte para outro contribuinte, além disso, também constatarem que os réus usavam pagamentos efetuados em 1991 e 1992 para débitos de 1997 e 98; que todas essas operações foram realizadas com o CPF dos réus no sistema conta corrente; que com relação às alocações nos processos de parcelamento, além dos CPFs dos réus, também foi usado o CPF de um outro servidor; (...) que o outro servidor, cuja senha foi utilizada para alocações indevidas, é ANTONIO CARLOS PESTANA; que todos os procedimentos em que foram constatadas irregularidades foram trabalhados apenas pelos réus; que apuradas as irregularidades, investigaram a folha de ponto e solicitaram uma apuração especial pelo SERPRO, solicitando que fossem listados todos os eventos praticados pelos CPFs dos réus, sendo que com base nisso se identificou o endereço IP, ou seja, o endereço onde estavam as máquinas de onde saíram as movimentações no sistema, constatando-se que elas estavam no CAC de Pinheiros; que os réus trabalhavam no CAC de Pinheiros; que os eventos tiveram lugar no horário de trabalho dos réus e também fora desse horário, mas o depoente não consegue dar dados mais precisos sobre isso (...).

A autoria, da mesma forma, foi comprovada.

Consta do aludido relatório elaborado pela Comissão de Inquérito nos autos do processo administrativo disciplinar nº 10880.007651/2003-77 que as “retificações, no sistema SINAL, e alocações manuais, tanto no CONTACORPJ como no sistema Processos Fiscais - PROFISC foram realizadas no CAC/Pinheiros/DERAT/SPO, tendo como responsáveis pela realização o CPF nº 077.792.018-21, do servidor Marcelo Maiorino, TRF, matrícula SIAPECAD nº 26.452, o CPF nº 084.279.538-36, do servidor Luis Fabio Ming de Camargo, TRF, matrícula SIAPECAD nº 26.758, ambos lotados e em exercício no CAC/ Pinheiros, e o CPF nº 009.705.478-03, do servidor Antônio Carlos Pestana, TRF, matrícula SIAPECAD nº 56.947, lotado e com exercício na DRF/Guarulhos” (fl. 1.426).

Consta, ainda, que: a) apurações especiais realizadas pelo SERPRO que apontam que todos os acessos/eventos irregulares foram efetuados no CAC/Pinheiros; b) pesquisas aos sistemas informatizados da Receita Federal demonstram a realização dos acessos/eventos irregulares sob o uso da senha e do CPF dos servidores indiciados; c) apurações especiais realizadas pelo SERPRO demonstram que os servidores indiciados efetuavam a troca de suas senhas regularmente; d) folhas de ponto, fichas funcionais, registros de acessos ao sistema SAGA, testemunhas e o próprio interrogatório confirmam que os servidores indiciados prestavam serviços ao CAC/ Pinheiros na época dos fatos; e) acessos/eventos irregulares realizados em horários de efetivo atendimento ao contribuinte realizado por ambos os indiciados (horário das 8 às 12 horas); e f) respostas aos quesitos técnicos, efetuados pela Comissão e pela defesa, que afirmam não ser possível o acesso simultâneo aos sistemas da Receita Federal (fl. 1.454).

O servidor Antônio Carlos Pestana teve sua responsabilidade excluída, tendo em vista que os acessos irregulares vinculados ao seu CPF foram realizados em equipamentos fora de sua localidade de exercício, em horário que não correspondia ao seu horário de trabalho.

De outra parte, incabível a alegação de “captura de senha”, ante a impossibilidade de acesso simultâneo aos sistemas da Receita Federal, bem como pelo fato de os réus terem procedido a alterações de suas respectivas senhas durante o período descrito na inicial, bem como em razão de não terem comunicado ao superior hierárquico eventual uso indevido por parte de terceiros.

Ao atribuir a autoria do delito aos réus, o MM. Juiz de primeira instância ressaltou (fls. 1.892/1.892vº):

As provas colhidas durante a instrução fornecem elementos suficientes para atribuir-lhes a autoria do crime previsto no art. 313-A, do Código Penal.

Referida conclusão decorre da conjugação das provas documental, pericial e oral anexadas aos autos.

Em primeiro lugar, observo que, muito embora os acusados tenham negado os fatos em Juízo, quando interrogados às fls. 1662 (Marcelo) e 1667 (Luis Fábio), afirmando não terem praticado a conduta descrita na denúncia, é certo que tal negativa está dissociada do conjunto probatório formado. Vejamos:

No que concerne ao IP indicando os acessos das duas máquinas dos acusados durante o horário de trabalho, não houve qualquer prova que indicasse não estarem os acusados presentes no local de trabalho, durante o período dos acessos ao sistema.

Importante ressaltar a inexistência de impugnação, por parte dos corréus, de uso indevido de senha, durante o período de mais de um ano, enfatizando-se que o procedimento administrativo iniciou-se em razão da comunicação feita pelo funcionário Antonio Carlos Pestana, à sua chefia, de que sua senha estava sendo utilizada indevidamente.

Observo, ainda, dos documentos de fls. 983/991, que seria uma coincidência incomum o fato de terem sido realizados tantos acessos, os quais resultaram nas alterações indevidas de dados, sem que os corréus, ou outros funcionários percebessem tal fato.

É de se considerar que a versão trazida pela defesa é no mínimo estranha, qual seja, da possibilidade de qualquer pessoa utilizar-se da estação de trabalho dos acusados e dos respectivos computadores, durante longo período, sem que ninguém visse, nem mesmo os acusados.

Ademais, o público transita em parte diversa daquela reservada aos funcionários da repartição pública.

Cabe salientar, ainda, que, não procede também, a argumentação de utilização da senha em outro local, vez que ficou comprovado nos autos, que os IP's utilizados para a inserção de dados, foram aqueles correspondentes aos equipamentos utilizados pelos acusados.

Observo, noutro giro, a existência da especial finalidade de agir, qual seja, a alteração de dados em benefício de algumas empresas, favorecendo-as com a quitação de débitos fiscais, demonstrando a vantagem gerada a algumas pessoas jurídicas, que estavam dentro do âmbito de atuação de Marcelo e Luis Fábio.

Diante disso, considero que os acusados foram as pessoas responsáveis pela alteração de dados nos sistemas informatizados da Receita Federal.

Por fim, observo que, nas declarações das testemunhas arroladas pela defesa, nada foi por elas dito que pudesse comprovar a versão sustentada pela defesa dos acusados.

Pelo que acima se expôs, considero ter MARCELO MAIORINO e LUIS FABIO MING DE CAMARGO praticado a conduta descrita na denúncia.

Desse modo, comprovadas a autoria e a materialidade, passo a analisar a apelação da acusação.

O Ministério Público Federal requer a majoração da pena-base para 12 (doze) anos de reclusão, bem como a majoração da pena em 2/3 (dois terços) em razão da continuidade delitiva e o reconhecimento de 3 (três) concursos materiais, totalizando, assim, 60 (sessenta) anos

de reclusão. Postula, ainda, o cumprimento da pena no regime inicial fechado, a majoração da multa para 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor de 05 (cinco) salários mínimos cada. Na hipótese de não ser aumentada a pena restritiva de liberdade, pugna pelo aumento da prestação pecuniária para 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos para cada série de continuidade delitiva, bem como pela alteração da pena de prestação de serviços à comunidade por outra pena de multa.

Da pena.

Cumpra esclarecer, de início, que a continuidade delitiva ficou demonstrada, uma vez que a conduta de alterar indevidamente dados nos sistemas informatizados da Receita Federal repetiu-se por vários meses no período compreendido entre novembro de 2001 e dezembro de 2002, em benefício de cerca de 25 (vinte e cinco) empresas, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, não havendo que se falar em concurso material, como postula a acusação.

Dosimetria: réu Marcelo Maiorino

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade do réu deve ser considerada em grau normal.

Quanto aos antecedentes, não há registros que justifiquem a elevação da pena-base.

Também, inexistem informações nos autos que desabonem a conduta social ou a personalidade do acusado para que se eleve a pena.

Não se nota qualquer motivo especial na realização do crime.

No tocante às circunstâncias, cumpre analisar o modo de operação da atividade criminosa. No caso, o réu, funcionário da Receita Federal, no exercício de suas funções, alterou indevidamente dados dos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal no período compreendido entre novembro de 2001 e dezembro de 2002, com o fim de obter vantagem ilícita para algumas pessoas jurídicas, consistente na quitação de débitos fiscais pendentes, e em prejuízo de outras. Além do mais, utilizou a senha do servidor Antônio Carlos Pestana, com o objetivo de imputar a responsabilidade do delito a um terceiro.

A propósito das consequências do crime, anote-se que o réu prejudicou inúmeras empresas ao proceder às alocações manuais, tendo movimentado, segundo os cálculos apresentados pelo Ministério Público Federal no recurso de apelação, bilhões de reais, dando como quitados débitos expressivos de diversas pessoas jurídicas.

Por fim, diante da configuração do delito praticado, não há que se falar em comportamento da vítima.

Portanto, considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, *a pena-base deve ser majorada para 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.*

Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Não existem, no caso, causas de diminuição, mas se impõe a *causa de aumento* da pena pela continuidade delitiva, conforme prevê o artigo 71 do Código Penal. Sendo assim, a pena-base deve ser elevada em 2/3 (dois terços), haja vista o elevado número de crimes, totalizando 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

No que se refere à sanção pecuniária, tendo em vista também as circunstâncias já analisadas do artigo 59, *caput*, da lei penal, deve ser majorada para 97 (noventa e sete) dias-multa, com o valor unitário de cada dia-multa estabelecido em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, que, obedecido o *iter* acima descrito, será acrescido de 2/3 (dois

terços), tornando definitiva a pena pecuniária de 161 (*cento e sessenta e um*) dias-multa, que deverá ser atualizada na fase da execução.

Dosimetria: réu Luís Fábio Ming de Camargo

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade do réu deve ser considerada em grau normal.

Quanto aos antecedentes, não há registros que justifiquem a elevação da pena-base.

Também, inexistem informações nos autos que desabonem a conduta social ou a personalidade do acusado para que se eleve a pena.

Não se nota qualquer motivo especial na realização do crime.

No tocante às circunstâncias, cumpre analisar o modo de operação da atividade criminosa. No caso, o réu, funcionário da Receita Federal, no exercício de suas funções, alterou indevidamente dados dos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal no período compreendido entre novembro de 2001 e dezembro de 2002, com o fim de obter vantagem ilícita para algumas pessoas jurídicas, consistente na quitação de débitos fiscais pendentes, e em prejuízo de outras. Além do mais, utilizou a senha do servidor Antônio Carlos Pestana, com o objetivo de imputar a responsabilidade do delito a um terceiro.

A propósito das consequências do crime, anote-se que o réu prejudicou inúmeras empresas ao proceder às alocações manuais, tendo movimentado, segundo os cálculos apresentados pelo Ministério Público Federal no recurso de apelação, bilhões de reais, dando como quitados débitos expressivos de diversas pessoas jurídicas.

Por fim, diante da configuração do delito praticado, não há que se falar em comportamento da vítima.

Portanto, considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, a pena-base deve ser majorada para 04 (*quatro*) anos e 06 (*seis*) meses de reclusão.

Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Não existem, no caso, causas de diminuição, mas se impõe a *causa de aumento* da pena pela continuidade delitiva, conforme prevê o artigo 71 do Código Penal. Sendo assim, a pena-base deve ser elevada em 2/3 (dois terços), haja vista o elevado número de crimes, totalizando 07 (*sete*) anos e 06 (*seis*) meses de reclusão.

No que se refere à sanção pecuniária, tendo em vista também as circunstâncias já analisadas do artigo 59, *caput*, da lei penal, deve ser majorada para 97 (noventa e sete) dias-multa, com o valor unitário de cada dia-multa estabelecido em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, que, obedecido o *iter* acima descrito, será acrescido de 2/3 (dois terços), tornando definitiva a pena pecuniária de 161 (*cento e sessenta e um*) dias-multa, que deverá ser atualizada na fase da execução.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto os réus não preenchem os requisitos previstos no artigo 44, I e III, do Código Penal, restando prejudicados os pedidos de aumento da prestação pecuniária para 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos para cada série de continuidade delitiva, bem como da pena de prestação de serviços à comunidade por outra pena de multa.

Do regime inicial de cumprimento da pena.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente no regime semi-aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal.

Da conclusão.

Diante do exposto, REJEITO AS PRELIMINARES ARGUIDAS E, NO MÉRITO, NEGÓ PROVIMENTO À APELAÇÃO DOS RÉUS e DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal, para majorar a pena privativa de liberdade para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semi-aberto, e a pena de multa para 161 (cento e sessenta e um) dias-multa, com o valor unitário de cada dia-multa estabelecido em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0002154-59.2006.4.03.6111
(2006.61.11.002154-2)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, FRANCISCO LARANJEIRA FERREIRA E JOSÉ CARNEIRO FILHO

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: ACr 54830

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/08/2014

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO, ART. 334 DO CP. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. TRANSAÇÃO PENAL. LEI 9.099/95. MEDIDAS CAUTELARES. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ERRO DE TIPO. DOLO EVENTUAL. TENTATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Prescrição não configurada. Com o advento da sentença condenatória e a interposição de recurso de apelação pela acusação, o cálculo da prescrição se regula nos termos do artigo 109, IV, do Código Penal (oito anos), não se constando transcurso de tempo superior ao limite legal entre os marcos interruptivos.

2. Transação penal. O crime tipificado no art. 334 do Código Penal prevê pena máxima de 4 (quatro) anos, pelo que não se conforma ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, não sendo aplicável, portanto, o instituto da transação penal (artigos 61 e 76 da Lei nº 9.099/95).

3. Suspensão do processo. Caso em que o Ministério Público Federal não se olvidou de verificar se o réu cumpre os requisitos para a proposta de suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, verificação esta que resultou infrutífera, ante a informação de que estava sendo processado por outro crime.

4. Medidas cautelares. As medidas previstas no art. 319 do CPP são condicionantes de natureza estritamente cautelar e não possuem o caráter de pena. As espécies de sanção penal são matéria sujeita ao princípio da reserva legal e, assim, reguladas diretamente pela Constituição Federal (art. 5º, XLVI) e pelo Código Penal (Título V da Parte Geral), sendo inadmissível o estabelecimento de outra retribuição penal que não aquelas pontualmente previstas.

5. Materialidade delitiva comprovada por auto de apresentação e apreensão, auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal e laudo de exame merceológico, que atestam a apreensão de 150.000 (cento e cinquenta mil) maços de cigarro de origem estrangeira com valor total de R\$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais) e estimativa de ilusão de R\$ 12.600,00 (doze mil e seiscentos reais) em Imposto de Importação (II) e R\$ 95.250,00 (noventa e cinco mil, duzentos e cinquenta reais) em Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

6. Autoria e dolo comprovados por depoimentos testemunhais e confissão dos acusados.
7. Erro de tipo não configurado. Pelo teor dos depoimentos do réu, conclui-se que este *assumiu conscientemente o risco de produzir o resultado criminoso*, visto que não se tratava da primeira vez que transportava cigarros para o corréu J. C. F., tinha ciência de que a mercadoria estava desacompanhada de notas fiscais e tinha a plena possibilidade de verificar a sua procedência. Atitude que demonstra a indiferença quanto à legalidade do transporte da carga sob a sua responsabilidade, caracterizando-se o dolo eventual.
8. Consumação. Está comprovado pelos depoimentos testemunhais e pela própria confissão do acusado que os cigarros estrangeiros foram depositados e ocultados no caminhão que conduzia, o que basta para configurar as ações “receber” e “ocultar” tipificadas no art. 334, § 1º, “d”, do Código Penal e a consumação do delito.
9. Pena-base. Crime que se revela trivial, sendo que obtenção de “lucro fácil” é elemento ínsito ao tipo penal em questão e o fato de que a mercadoria foi “ocultada” caracteriza o próprio núcleo do tipo “ocultar” disposto na alínea “d” do § 1º, do art. 334 do Código Penal. Quanto aos acusados, nada há de singular a ensejar o agravamento da pena, visto que o fato de que “sabiam o que estavam fazendo” integra o próprio elemento subjetivo do tipo e não há nos autos provas suficientes quanto à sua personalidade, que demonstrem que a expressão de suas particularidades pessoais foi especial causa para a consecução do crime. Consequências do crime que reclamam maior reprimenda, pois os valores de impostos iludidos alcançam R\$ 12.600,00 (doze mil e seiscentos reais) em Imposto de Importação (II) e R\$ 95.250,00 e (noventa e cinco mil, duzentos e cinquenta reais) em Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), montantes expressivos que indicam a grave lesão causada ao Erário e reclamam a majoração da pena-base. A inexistência de certidões de trânsito em julgado de sentenças condenatórias criminais em desfavor dos acusados inviabilizam a exacerbação da pena. Súmula 444 do STJ.
10. A assunção pelo acusado das ações delitivas, ainda que acompanhadas de teses defensivas, exige o reconhecimento da circunstância atenuante de confissão, se sua declaração der suporte à condenação. Precedentes do STJ e deste Tribunal Regional.
11. A contratação de F. F. L. pelo corréu J. C. F. demonstra a subordinação daquele na atividade criminosa, executando o plano formulado por este, o que demanda a incidência da norma contida no art. 62, inciso I, do Código Penal, à razão de um 1/6 (um sexto).
12. Não há incompatibilidade entre a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e a suspensão de direitos políticos pelo período fixado para a prisão. Precedentes do STF.
13. Apelação ministerial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento* aos recursos de apelação dos réus e *dar parcial provimento* ao recurso de apelação do Ministério Público Federal, tão somente para reconhecer a circunstância agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal e fixar a pena de *José Carneiro Filho em 1 (um) ano e 8*

(oito) meses de reclusão, mantendo a substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa, tal como arbitrada na r. sentença condenatória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

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

Descrição fática: consta da denúncia (recebida em 18/10/2006 no caso de *José Carneiro Filho*, fls. 115/116, e em 20/11/2006, no caso de *Francisco Laranjeira Ferreira*, fls. 152/153) que, no dia 17/04/2006, por volta das 16h00, na sede da empresa “Ind. E Com. de Biscoitos Xereta Ltda.”, localizada no km 449 da Rodovia João Ribeiro de Barros, em Marília/SP, *Francisco Laranjeira Ferreira* foi preso em flagrante por agentes da Polícia Federal por transportar no caminhão Mercedes-Benz, modelo L1620, placa KJN 6468, de Ouricuri/PE, 150.000 (cento e cinquenta mil) maços de cigarros estrangeiros, de origem paraguaia, sem documentação legal de sua internação no território nacional.

Os maços de cigarro estavam na carroceria do caminhão juntos a várias caixas de biscoitos, sendo toda a carga de propriedade de *José Carneiro Filho*.

Afirma o Ministério Público Federal que não houve prova de satisfação das exigências previstas em lei (artigos 45 a 54 da Lei nº 9.532/97), sendo os cigarros estrangeiros avaliados em R\$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais).

O caminhão apreendido seria de propriedade de *Evanda Tabosa de Mesquita*, empregadora de *Francisco Laranjeira Ferreira*, que teria lhe determinado que os cigarros fossem transportados do interior de uma indústria, localizada no Km 33 da Rodovia Anhanguera, para *José Carneiro Filho*, estabelecido na cidade de Presidente Dutra/MA.

O Ministério Público Federal propôs a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) em relação a *Evanda Tabosa de Mesquita* (fls. 156v.), a qual aceitou a proposta formulada pelo órgão de acusação, sendo o feito desmembrado em relação a ela (fls. 499/500).

Imputação: art. 334, c. c. o art. 29, ambos do Código Penal.

Sentença (fls. 904/934): em decisão publicada em 22/02/2013, o MM. Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Marília/SP julgou procedente a pretensão punitiva estatal, a fim de condenar os réus, cada qual, à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 334, § 1º, alínea “d”, do Código Penal.

As penas privativas de liberdade foram substituídas por respectivas penas restritivas de direitos, consistentes em penas de multa, no valor de 5 (cinco) salários mínimos, a ser paga a instituição pública ou privada, com destinação social, designada pelo juiz da execução penal.

Apelação do Ministério Público Federal (fls. 952 e 1005/1012): argumenta a acusação:

a) que devem ser exasperadas as penas-base fixadas na sentença condenatória, para 3 (três) anos de reclusão, porquanto: as condutas demonstrariam alto grau de censurabilidade, já que os réus, no exercício de atividade comercial, sabiam o que estavam fazendo; o motivo do crime seria a “necessidade” de obtenção de lucro fácil de detrimento de outras pessoas; quanto à personalidade dos réus, estes teriam demonstrado ser calculistas e voltados para a prática de contrabando ou descaminho; as consequências do crime foram danosas para os cofres públi-

cos; os acusados ocultaram os cigarros estrangeiros com o intuito de dificultar a fiscalização;

b) não dever ser reconhecida a circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal em relação a *Francisco Laranjeira Ferreira*;

c) dever ser reconhecida a circunstância agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal em relação a *José Carneiro Filho*.

Requer o provimento do recurso, para a majoração das penas-base e para afastar a circunstância atenuante e reconhecer a circunstância agravante mencionadas.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1029/1035 e 1092/1096

Apelação de José Carneiro Filho (fls. 954/963): argumenta a defesa:

a) preliminarmente, ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva estatal;

b) que a pena-base foi fixada indevidamente acima do patamar mínimo legal, ante o teor da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça;

c) ser indevida a suspensão dos direitos políticos do réu, uma vez que a pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva de direitos;

Requer, preliminarmente, a extinção da punibilidade, pela ocorrência de prescrição. No mérito, pleiteia a redução da pena-base para o mínimo legal e a substituição da pena privativa de liberdade por multa de 2 (dois) salários mínimos, bem como a não suspensão dos direitos políticos do acusado.

Apelação de Francisco Laranjeira Ferreira (fls. 995/999): alega a defesa:

a) que o delito em questão é de menor potencial ofensivo, podendo ser aplicada a suspensão condicional do processo ou ser proposta transação, ou mesmo uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal;

b) a ocorrência de erro de tipo, porquanto o réu imaginava que o produto que transportava seria lícito (cigarros nacionais);

c) que o crime teria ocorrido de forma tentada, pois não houve de fato o transporte da mercadoria, sendo a mercadoria apreendida ainda em sua origem;

d) a necessidade da redução do valor da pena pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade.

Requer seja dado provimento ao recurso, para absolver o acusado da imputação que lhe é imposta, ou para que seja proposta transação penal ou suspensão condicional do processo, ou mesmo para que a pena seja substituída por umas das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a redução do valor da multa fixada.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1014/1021.

Parecer da Procuradoria Regional da República (Dr. Orlando Martello): opina pelo parcial provimento do recurso interposto por *José Carneiro Filho*, apenas para que seja desconsiderado o aumento da pena-base fixada com fundamento nos maus antecedentes e pelo desprovimento do recurso interposto por *Francisco Laranjeira Ferreira*. Opina, ainda, pelo parcial provimento do recurso ministerial, para que a pena-base de ambos seja majorada em atenção às desfavoráveis circunstâncias do crime e para que seja aplicada a circunstância agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal em relação a *José Carneiro Filho*.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

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

1. Das questões preliminares

Alega a defesa de *José Carneiro Filho* a ocorrência de prescrição.

O argumento não prospera.

In casu, com o advento da sentença condenatória e a interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público, o cálculo da prescrição se regula nos termos do artigo 109, IV, do Código Penal, ou seja, pelo prazo de 8 (oito) anos.

A denúncia foi recebida em relação a *José Carneiro Filho* em 18/10/2006 (fls. 115/116) e em 20/11/2006 quanto a *Francisco Laranjeira Ferreira* (fls. 152/153).

A sentença condenatória, por sua vez, foi publicada em secretaria em 22/02/2013 (fls. 935).

Não se constata, portanto, o transcurso de tempo superior ao limite legal, de forma que não deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Por sua vez, afirma a defesa de *Francisco Laranjeira Ferreira* que o delito em questão seria de menor potencial ofensivo, sendo a ele aplicáveis a suspensão condicional do processo ou mesmo a transação penal, conforme as disposições da Lei nº 9.099/95.

Assevera, ainda, a aplicabilidade de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal no lugar da pena privativa de liberdade.

As alegações devem ser rejeitadas.

O crime imputado aos réus, tipificado no art. 334 do Código Penal, prevê pena máxima de 4 (quatro) anos, não se conformando ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, conceito este definido pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, pelo que não é aplicável, consequentemente, o instituto da transação penal previsto no art. 76 desta lei.

De outra parte, noto que o Ministério Público Federal não se olvidou de verificar se *Francisco Laranjeira Ferreira* cumpre os requisitos para a proposta de suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, verificação esta que resultou infrutífera, diante da informação de que o réu estava sendo processado por outro crime (fls. 149).

Por fim, é descabido o pedido formulado de aplicação de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Deveras, as medidas ali previstas são condicionantes de natureza estritamente cautelar e não possuem o caráter de pena. Relembre-se que as espécies de sanção penal são matéria sujeita ao princípio da reserva legal e, assim, reguladas diretamente pela Constituição Federal (art. 5º, XLVI) e pelo Código Penal (Título V da Parte Geral), sendo inadmissível o estabelecimento de outra retribuição penal que não aquelas pontualmente previstas.

2. Do mérito

2.1. Da materialidade delitiva

A materialidade delitiva está comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 14/16 e pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de fls. 67/69 e pelo Laudo de Exame Merceológico (Avaliação Indireta) de fls. 258/259.

O primeiro documento informa a apreensão de:

Trezentas caixas de papelão contendo em seu interior 50 (cinquenta) pacotes de cigarros cada, estes, por sua vez contendo 10 (dez) maços de cigarros de origem estrangeira marca “US”, os quais ostentam selos alienígenas, totalizando 150.000 (cento e cinquenta mil) maços de cigarro.

O auto de infração e o laudo pericial, de sua parte, atestam que a mercadoria apreendida tem como procedência a República do Paraguai e o valor total de R\$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais).

Consta ainda dos autos a informação prestada pela Receita Federal às fls. 843/845, estimando a ilusão de R\$ 12.600,00 (doze mil e seiscentos reais) em Imposto de Importação (II) e R\$ 95.250,00 (noventa e cinco mil, duzentos e cinquenta reais) em Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

2.2. Da autoria e elemento subjetivo do tipo

A autoria delitiva também está comprovada, como bem analisado pelo MM. Juiz *a quo*, e não é objeto de contestação das partes.

Os depoimentos testemunhais dos policiais federais Fabiano Franco do Nascimento e Eric Alexandre Burger (fls. 07/08, 519 e 538/539) restaram corroborados pela própria confissão dos acusados (fls. 09/10, 244/245, 782/789, 827), não havendo dúvidas quanto à identificação dos agentes do crime.

José Carneiro Filho asseverou em seus interrogatórios que comprou 327 (trezentos e vinte e sete) caixas de cigarros da marca “US” de um indivíduo conhecido como “Mato Grosso” em Mundo Novo/MS (cidade que possui fronteira com a República do Paraguai), o que denota sua plena consciência sobre e a procedência estrangeira da mercadoria apreendida e, portanto, o dolo em sua conduta.

Por outro lado, argumenta a defesa de *Francisco Laranjeira Ferreira* que o réu teria incorrido em erro de tipo, porquanto imaginava que o produto que transportava seriam cigarros nacionais.

É improcedente a alegação.

Francisco Laranjeira Ferreira afirmou em seu interrogatório judicial o que segue:

Eu tava ciente sim que tinha o cigarro [no caminhão], agora como eu já disse não sabia que era estrangeiro “né”? Até porque a fábrica é lá nesse condomínio [de empresas, localizado no km 33 da Rodovia Anhanguera] aí eu achei que era nacional [fls. 784].

[...]

A marca do cigarro não recordo não. Eles colocavam a caixa de cigarro, mas fechada não tinha dentro da embalagem eu não sei o que é que “tava” escrito [fls. 785]. [...]

Extrai-se ainda do depoimento:

[Juiz]: O senhor tem alguma coisa a dizer, a acrescentar em sua defesa?

[F. L. F.]: Só tenho a falar que simplesmente eu era um motorista, trabalhava para ele, era empregado e obedecia ordens dele, só que quando eu descobri que o produto que ele transportava era ilegal eu me demiti da empresa imediatamente.

[Juiz]: O senhor sabia que transportar produto sem nota fiscal era ilegal, o senhor sabia disso?

[F. L. F.]: É, eu sabia que uma carga de mercadoria sem nota seria ilegal, mas como era uma quantidade pequena no meio de outra mercadoria e ele [o corréu *José Carneiro Filho*] falou pra mim que assumiria eu tava ciente que se desse problema ele ia apenas pagar o imposto, foi o que eu tava achando.

[...]

[Procurador da República]: [...] seu Francisco no interrogatório da polícia o senhor disse que chegou a carregar até três vezes caixa de cigarro e como o senhor tinha falado anteriormente que eram duas aí eu gostaria de esclarecer se foram duas ou três vezes que o senhor carregou caixa de cigarro.

[F. L. F.]: Lá eu falei duas ou três vezes porque eu não me recordava, que na realidade ele [José Carneiro Filho] que colocou mercadoria e me entregou as notas uma vez e outras duas vezes foi sem nota, entendeu? Aí eu fiquei sem saber se a outra que tinha nota ou se era, se tinha cigarro, porque seguinte até a fábrica lá ela fabrica cigarro nacional também, brasileiro, podia ser com nota. [fls. 788] [...].

Concluo, pelo teor dos depoimentos, que o réu assumiu conscientemente o risco de produzir o resultado criminoso, visto que não se tratava da primeira vez que transportava cigarros para José Carneiro Filho, tinha ciência de que a mercadoria estava desacompanhada de notas fiscais e tinha a plena possibilidade de verificar a procedência da mercadoria, mas não o fez.

A atitude de Francisco Laranjeira Ferreira demonstra a sua indiferença quanto à legalidade do transporte da carga sob a sua responsabilidade, razão por qual resta configurado o seu dolo eventual.

2.3. Da consumação do crime

Sustenta a defesa de Francisco Laranjeira Ferreira que o crime em questão não teria chegado a se consumir, o que implicaria a aplicação da norma prevista no art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

O argumento não prospera.

Está comprovado pelos depoimentos testemunhais e pela própria confissão do acusado que os cigarros estrangeiros foram depositados e ocultados no caminhão que conduzia, o que basta para configurar as ações “receber” e “ocultar” tipificadas no art. 334, § 1º, “d”, do Código Penal e a consumação do delito.

Dessa forma, deve ser confirmada a condenação dos acusados pela prática do crime tipificado no art. 334, § 1º, “d”, do Código Penal.

2.4. Das penas

No que concerne às penas infligidas, a r. sentença condenatória sustenta-se sobre a seguinte fundamentação:

[...]

Atento às diretrizes do artigo 68 do Código Penal e verificando:

-A) as circunstâncias judiciais (CP, artigo 59): as folhas de antecedentes e certidões criminais de fls. 35, 48/57, 90/93, 108, 111/112, 133/138, 140/145, 162/167 e 170/177, demonstram que os réus habitualmente infringem a lei e, principalmente o correu JOSÉ CARNEIRO FILHO, tem personalidade voltada à prática de crimes, principalmente de descaminho, inclusive está respondendo pelo crime em outro processo, conforme certidão de fls. 170, razão pela qual fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão.

-B) quanto às circunstâncias agravantes e atenuantes (CP, artigos 61 a 67), reconheço e aplico a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, letra d, do Código Penal, pois confessaram espontaneamente o crime perante este juízo por ocasião do interrogatório, razão pela qual diminuo a pena base em 6 (seis) meses, totalizando 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

-C) não reconheço qualquer das causas de aumento e diminuição da pena, razão pela qual torno a pena privativa de liberdade em 1 (UM) ANO E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO para

cada um dos réus.

-D) o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade será o ABERTO, nos termos do artigo 33, 2º, alínea c do Código Penal.

-E) é inafastável que a substituição da reprimenda por sanções restritivas precede à hipótese de *sursis*, mostrando-se mais favorável ao acusado, pois a suspensão condicional só será concedida “desde que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44” (CP, art. 77, inciso III), razão pela qual, com fundamento no 2º do citado dispositivo legal, substituo a pena privativa de liberdade por multa no valor de 5 (cinco) salários mínimos, à luz da situação econômica do réu, a ser paga a instituição pública ou privada, com destinação social, a ser designada pelo juízo das execuções penais, a teor do artigo 45, 1º do Código Penal.

-F) por ter sido fixado o regime ABERTO como o inicial de cumprimento da pena, deverá, em princípio, o réu aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso;

-G) após o trânsito em julgado da sentença, os réus terão os seus nomes lançados no rol dos culpados e arcarão com as custas do processo. Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral com jurisdição sobre o local de domicílio dos acusados, para os fins previstos no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal (suspensão dos direitos políticos, durante o período de cumprimento da pena).

-H) Decreto a perda dos bens apreendidos em favor da União.

[...]

2.4.1. Das penas-base

Pleiteia o Ministério Público Federal a exasperação das penas-base fixadas, para 3 (três) anos de reclusão, porquanto: as condutas dos réus demonstrariam alto grau de censurabilidade, já que, no exercício de atividade comercial, sabiam o que estavam fazendo; o motivo do crime seria a “necessidade” de obtenção de lucro fácil em detrimento de outras pessoas; quanto à personalidade dos réus, estes teriam demonstrado-se calculistas e voltados para a prática de contrabando ou descaminho; as consequências do crime foram danosas para os cofres públicos; os acusados ocultaram os cigarros estrangeiros com o intuito de dificultar a fiscalização.

Adversamente, a defesa de *José Carneiro Filho* argumenta que a pena-base do acusado foi fixada acima do patamar mínimo legal de forma indevida, em oposição ao teor da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Julgo que argumentos trazidos pelo Ministério Público quanto à culpabilidade e à personalidade dos réus, ao motivo e circunstâncias do crime, devem ser rejeitadas.

O crime denunciado revela-se trivial, sendo que obtenção de “lucro fácil” é elemento ínsito ao tipo penal em questão e o fato de que a mercadoria foi “ocultada” caracteriza o próprio núcleo do tipo “ocultar” disposto na alínea “d” do § 1º, do art. 334 do Código Penal.

Voltando-se aos acusados, igualmente nada há de singular a ensejar o agravamento da pena-base, visto que o fato de que “sabiam o que estavam fazendo” integra o próprio elemento subjetivo do tipo e não há nos autos provas suficientes quanto à personalidade dos agentes, que demonstrem que a expressão de suas particularidades pessoais foi especial causa para a consecução do crime.

Dito isso, considero, entretanto, que as consequências do crime reclamam maior reprimenda.

Os valores de impostos iludidos alcançam R\$ 12.600,00 (doze mil e seiscentos reais) em Imposto de Importação (II) e R\$ 95.250,00 e (noventa e cinco mil, duzentos e cinquenta reais) em Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), montantes expressivos que indicam a grave lesão causada ao Erário e reclamam a majoração da pena-base.

Atentando-me à insurgência da defesa, verifico que lhe assiste razão ao reivindicar observância à Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça. Compulsando os autos, constata-se a inexistência de certidões de trânsito em julgado de sentenças condenatórias criminais em desfavor dos acusados que permitam a exacerbação da pena.

Contudo, sopesando-se o afastamento do agravamento da pena por maus antecedentes com o aumento ensejado pelas consequências do crime, reputo ser ponderado a manutenção da pena-base tal como fixada na r. sentença condenatória, em 2 (dois) anos de reclusão.

2.4.2. Das circunstâncias agravantes e atenuantes

Clama a acusação pelo não reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal em relação a *Francisco Laranjeira Ferreira* e pela admissão da circunstância agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal em relação a *José Carneiro Filho*.

No que tange ao reconhecimento da circunstância atenuante, verifico que o depoimento do acusado serviu de prova da autoria delitiva e para embasar o decreto condenatório, sendo, portanto, imperativa a redução da pena.

Já foi decidido pelo c. Superior Tribunal de Justiça e neste e. Tribunal Regional que a assunção pelo acusado das ações delitivas, ainda que acompanhadas de teses defensivas, exige o reconhecimento da circunstância atenuante de confissão, se sua declaração der suporte à condenação.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. “CONFISSÃO QUALIFICADA” USADA PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. ADESÃO AO NOVO ENTENDIMENTO. AGRAVO PROVIDO. 1. Embora não se desconheça o entendimento até então manifestado por esta Corte Superior de Justiça em inúmeros julgados, no sentido de que “A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal” (HC 211.667/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013), após detido reexame do tema, conclui-se de modo diverso. 2. *Colhe-se dos autos que a agravante confessou a prática do crime “ainda que evasiva de arrependimento e com possível intenção de eximir-se da culpa”. Nesse viés, verifica-se que a confissão serviu para a comprovação da autoria, bem como embasar o decreto condenatório. Em hipóteses tais, o reconhecimento da atenuante se impõe. Vale dizer, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.* 3. *Com efeito, tal entendimento deve se estender para as hipóteses da chamada “confissão qualificada”. Em outras palavras, a invocação de teses defensivas excludentes ou discriminantes não pode obstar a incidência da atenuante da confissão quando ela é utilizada para embasar o próprio decreto condenatório.* 4. A propósito: “É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que ‘a invocação de excludente de ilicitude não obsta a incidência da atenuante da confissão espontânea’” (AgRg no AREsp 210.246/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2013). 5. No mesmo sentido: A invocação de causa excludente de ilicitude não obsta reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea. (AgRg no Ag 1242578/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 14/11/2012) 6. Agravo regimental provido para negar provimento ao Agravo de Instrumento do Ministério Público, mantendo a pena nos exatos termos como fixada pelo Tribunal de piso,

ou seja, com a incidência da atenuante da confissão (art. 65, II, d, do Código Penal). (AgRg no Ag 1410103/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 21/11/2013, grifamos)

PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO CONFIGURADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ADEQUADA. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. A materialidade e a autoria delitiva, bem como o elemento subjetivo do tipo, restaram sobejamente demonstrados nos autos e são incontroversos. 2. Não se justifica o estado de necessidade na situação em contexto, mesmo como circunstância atenuante ou causa de diminuição de pena, já que a opção pela prática de um crime, que exige viagens e certa complexidade estratégica, não é proporcional à situação narrada pela ré. 3. A transnacionalidade do delito está devidamente configurada, particularmente pelas passagens internacionais juntadas aos autos e pelas circunstâncias fáticas, tendo sido presa em flagrante ao trazer consigo, para fins de transporte internacional, a droga acima especificada, nos termos da denúncia. 4. A pena-base do delito foi firmada em 06 (seis) anos de reclusão, exacerbada apenas em razão da quantidade e natureza da droga apreendida (2.726 gramas de cocaína), patamar que contempla de modo satisfatório a preponderância dessas circunstâncias, definida no art. 42 da Lei de Drogas, mostrando-se razoável ao escopo preventivo e retributivo da sanção penal o patamar definido na sentença recorrida. 5. Mantém-se a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea. Conquanto a ré tenha aduzido tese exculpante de estado de necessidade, admitiu em seu interrogatório judicial a prática dolosa do delito, colaborando para o esclarecimento dos fatos em apreço, o que não se infirma por sua prisão em flagrante. 6. A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 deve ser mantida, presumindo-se que não integra o cotidiano de organização criminosa, pelo contexto dos autos, deduzindo-se uma prática casual, considerando-se, igualmente, sua primariedade e inexistência de registros. Diante da falta de provas de que integrasse organização criminosa, a benesse não deve ser obstada por sua mera condição de “mula”, cabendo a sua aplicação no patamar mínimo, dado o grau de colaboração com o crime organizado, em consonância com os julgados desta colenda Turma. 7. Diante do quantum estabelecido e da ausência de circunstâncias contraindicativas, é adequado o cumprimento da reprimenda corporal inicialmente no regime semiaberto, em conformidade com o art. 33, §2º, “b”, do CP. 8. Apelações desprovidas. (ACR 00084531820124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2013, grifamos)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA OU ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. NÃO CONFIGURADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. MANTIDA A APLICAÇÃO. CAUSA DE AUMENTO DA TRANSNACIONALIDADE. REDUZIDA PARA O PERCENTUAL MÍNIMO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REDUZIDO O PERCENTUAL PARA O MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL. ALTERADO PARA O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. I - A materialidade do delito restou comprovada pelo laudo de exame químico toxicológico de fls. 85/88. II - A autoria e o dolo restaram claros e demonstrados. Juan Augustin Britos Arrua foi preso em flagrante, no dia 11 de julho de 2012, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, quando tentava embarcar no voo QR922 da companhia aérea QATAR, com destino a Cairo e conexão em Doha, trazendo consigo 3868g (três mil, oitocentos e sessenta e oito gramas) massa líquida de cocaína. III - A simples alegação, sem qualquer comprovação nos autos,

por óbvio, não pode caracterizar seja a inexigibilidade de conduta diversa ou o estado de necessidade exculpante. IV - A defesa não produziu prova alguma sobre o alegado estado de miserabilidade. E ainda que houvesse a comprovação da alegação de dificuldades financeiras, tal fato não seria hábil para justificar a prática de um ilícito de tamanha gravidade (tráfico internacional de entorpecentes) e ilidir a responsabilização criminal, já que ingressar no mundo do crime não é solução acertada, honrosa, digna para resolver problemas econômicos. V - Ainda que houvesse a comprovação da alegação de dificuldades financeiras, tal fato não seria hábil para justificar a prática de um ilícito de tamanha gravidade (tráfico internacional de entorpecentes) e ilidir a responsabilização criminal, já que ingressar no mundo do crime não é solução acertada, honrosa, digna para resolver problemas econômicos. VI - Não há que se falar em “estado de necessidade exculpante”. Nosso ordenamento jurídico adotou a teoria unitária, e assim, ou se trata de causa excludente da ilicitude ou de causa de diminuição de pena. E ainda que assim não fosse, melhor sorte não restaria à defesa, tendo em vista que a prática de tráfico internacional de entorpecentes não era a única alternativa de sobrevivência da apelante, pessoa jovem (tinha 29 anos na data dos fatos), com perspectivas de melhora em sua vida. VII - Da mesma forma, tais alegações não são suficientes para reduzir a pena, com fundamento no art. 24, § 2º do Código Penal. VIII - O apelante é primário e não ostenta maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis. A pena-base deve ser majorada em 1/8 (um oitavo), em razão da quantidade (3868g) e qualidade (cocaína) da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06. IX - *A confissão realizada em juízo, sobre a prática do delito de tráfico de entorpecentes, desde que espontânea, é suficiente para fazer incidir a atenuante do art. 65, III, “d” do Código Penal, quando utilizada como um dos fundamentos da condenação, sendo irrelevante que o acusado tenha sido preso em flagrante.* X - *O fato de a defesa alegar uma excludente de ilicitude ou culpabilidade não afasta o reconhecimento dessa atenuante, pois a confissão do fato delituoso foi realizada, cabendo ao magistrado avaliar se há causa bastante para a aplicação da excludente.* XI - O apelante é primário e não ostenta maus antecedentes. Não há prova nos autos de que se dedica a atividades criminosas, nem elementos para concluir que integra organização criminosa, apesar de encarregado do transporte da droga. Portanto, faz jus à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, entretanto, no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias subjetivas e objetivas do caso, em que o acusado, de nacionalidade paraguaia, veio de seu país de origem ao Brasil buscar a cocaína, bem como pretendia transportá-la, escondida dentro de sua bagagem, até o Egito. XII - Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, pois a pena privativa de liberdade supera 4 (quatro) anos de reclusão. XI - Recursos parcialmente providos. (ACR 00070111720124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2013, grifamos)

Por outro lado, está com razão o *Parquet* ao pleitear a incidência da majorante pela liderança no crime.

José Carneiro Filho foi claro em seu interrogatório judicial ao afirmar que:

[...] comprou de um rapaz conhecido como Mato Grosso, na cidade de Mundo Novo, 327 caixas de cigarro da marca US, e o transportou até a cidade acima referida Barra Bonita e lá chegando *contratou os serviços de Francisco Ferreira Laranjeira*, para transportar a referida carga bem como biscoitos até a cidade de Barra do Corda onde o interrogando venderia toda a mercadoria de cigarros, no entanto a referida carga de cigarro foi apreendida na cidade de Marília/SP na fabrica de biscoitos Xereta, tendo inclusive o motorista Francisco Laranjeira sido preso por esse fato. [...] [grifamos].

A contratação do corréu *Francisco Ferreira Laranjeira* por *José Carneiro Filho* demonstra a subordinação daquele na atividade criminosa, executando o plano formulado por este, o que demanda a incidência da norma contida no art. 62, inciso I, do Código Penal, que aplico à razão de 1/6 (um sexto).

2.4.3. Das penas restritivas de direitos

Requerem os réus a redução da pena de multa, aplicada em substituição da pena privativa de liberdade.

Nesse passo, julgo censurável o fato de ter sido fixada pena de multa com exatamente o mesmo valor para ambos os acusados, ainda que as penas privativas de liberdade tenham sido estabelecidas no mesmo patamar, tendo em vista a sua clara disparidade econômica, o que implica a distorção no efeito retributivo da pena, considerando-se que a multa fixada restará mais infligidora para *Francisco Ferreira Laranjeira* que para *José Carneiro Filho*.

Noutro passo, reputo adequado o valor de 5 (cinco) salários mínimos como pena substitutiva para *Francisco Ferreira Laranjeira* e, à míngua de recurso da acusação para o agravamento da multa aplicada a *José Carneiro Filho*, vejo-me compelido a manter as penas restritivas de direitos tal como fixadas na r. sentença condenatória.

2.4.4. Da suspensão de direitos políticos

Pleiteia a defesa de *José Carneiro Filho* a não suspensão dos direitos políticos do acusado.

Argumenta a defesa que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos é incompatível com a suspensão dos direitos políticos, suscitando que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral no RE 601.182, que aborda a questão.

Afirma que o MM. Juiz *a quo* determinou que, após o trânsito em julgado da sentença, deverá ser oficiado o Tribunal Regional Eleitoral para que seja cumprido o disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, sem considerar que a pena privativa de liberdade foi substituída por multa de 5 (cinco) salários mínimos, o que não abrangeria o período de suspensão.

Constato, inicialmente, que se encontra pendente o julgamento do RE 601.182 pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi reconhecida matéria de repercussão geral, *in verbis*:

DIREITOS POLÍTICOS - CONDENAÇÃO CRIMINAL - SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRIATIVA DA LIBERDADE PELA RESTRIATIVA DE DIREITOS - ARTIGO 15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALCANCE - AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO NA ORIGEM - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Diante da ausência de decisão da Corte Excelsa sobre a questão e na esteira do entendimento arrazoado pelo Ministério Público Federal, tanto em contrarrazões como em sua função de *custos legis*, julgo que não há incompatibilidade entre a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e a suspensão de direitos políticos pelo período fixado para a prisão.

Assim já foi decidido pela Corte Constitucional em casos análogos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITOS POLÍTICOS. SUSPENSÃO EM DECORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSEQUÊNCIA QUE INDEPENDE DA NATUREZA DA SANÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. I - A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

direitos não impede a suspensão dos direitos políticos. II - No julgamento do RE 179.502/SP, Rel. Min. Moreira Alves, firmou-se o entendimento no sentido de que não é o recolhimento do condenado à prisão que justifica a suspensão de seus direitos políticos, mas o juízo de reprovabilidade expresso na condenação. III - Agravo regimental improvido. (RE 577012 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe-056 DIVULG 24-03-2011 PUBLIC 25-03-2011 EMENT VOL-02489-02 PP-00415 REVJMG v. 61, n. 195, 2010, p. 356-358)

EMENTA: ELEITORAL - MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO DENEGATÓRIA - SIGNIFICADO DESSA EXPRESSÃO - RECURSO ORDINÁRIO - MATÉRIA ELEITORAL - PRAZO DE INTERPOSIÇÃO - UTILIZAÇÃO DE FAX - RATIFICAÇÃO EXTEMPORÂNEA DA PETIÇÃO RECURSAL - INTEMPESTIVIDADE - CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO - CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL - PRIVAÇÃO DA CIDADANIA (CF, ART. 15, III) - AUDIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - AGRAVO IMPROVIDO. RECURSO ORDINÁRIO EM MATÉRIA ELEITORAL - PRAZO DE INTERPOSIÇÃO - CÓDIGO ELEITORAL (ART. 281) - *LEX SPECIALIS*. - É de apenas três (3) dias o prazo de interposição, para o Supremo Tribunal Federal, do recurso ordinário contra decisão denegatória de mandado de segurança proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral em sede originária (Código Eleitoral, art. 281). Para esse efeito, qualifica-se como decisão denegatória tanto aquela que julga o fundo da controvérsia mandamental quanto a que, deixando de apreciar o mérito da causa, limita-se a não conhecer da ação de mandado de segurança. Precedentes. INTERPOSIÇÃO RECURSAL MEDIANTE FAX - RATIFICAÇÃO MANIFESTADA FORA DO PRAZO LEGAL - INTEMPESTIVIDADE. - Revela-se intempestiva a impugnação recursal cuja petição - não obstante protocolizada, mediante fax, em tempo oportuno - vem a ser ratificada, quando já decorrido o prazo legal de interposição do recurso cabível. Para esse efeito, o ato de ratificação deve ser formalizado, perante o Tribunal *a quo*, enquanto ainda fluir o prazo legal de interposição do recurso. Precedentes. AUDIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - FORMALIDADE CUMPRIDA COM A MANIFESTAÇÃO DO *PARQUET* NO AGRAVO REGIMENTAL. - Tem-se por satisfeita a exigência formal de audiência do Ministério Público, quando - ensejando-se ao *Parquet* a possibilidade de manifestar-se em sede de agravo regimental - vem ele, sem qualquer oposição, a pronunciar-se sobre todas as questões suscitadas na causa, suprimindo, desse modo, a eventual ausência de sua prévia intervenção. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS - CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA DE SEUS EFEITOS - AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO. - A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de auto-aplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível - e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis* -, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE nº 179.502-SP (Pleno), Rel. Min. MOREIRA ALVES. Doutrina. (RMS 22470 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 11/06/1996, DJ 27-09-1996 PP-36158 EMENT VOL-01843-01 PP-00164)

EMENTA: - Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. *Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal.* - Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 179502, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/1995, DJ 08-09-1995 PP-28389 EMENT VOL-01799-09 PP-01668, grifamos)

2.4.5. Da pena de José Carneiro Filho

Assim:

a) mantida a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão;

b) reconhecida a circunstância agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal, aplicada à razão de 1/6 (um sexto), e mantida a redução de 6 (seis) meses pela circunstância atenuante de confissão;

c) sem causas de aumento ou diminuição de pena;

Fixo a pena definitiva de José Carneiro Filho em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

2.4.6. Da pena de Francisco Laranjeira Ferreira

Sem alterações de dosimetria, mantenho a pena do réu como fixada na r. sentença condenatória, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

3. Conclusão

Ante o exposto, *nego provimento* aos recursos dos réus e *dou parcial provimento* ao recurso do Ministério Público Federal, para reconhecer a circunstância agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal e fixar a pena de *José Carneiro Filho em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão*, confirmando a pena de *Francisco Laranjeira Ferreira em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão* e mantendo a substituição das penas privativas de liberdade por penas de multa, tal como arbitradas na r. sentença condenatória.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003012-13.2008.4.03.6114
(2008.61.14.003012-8)

Apelante: MARCO ANTÔNIO DA SILVA JÚNIOR
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 42045
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2014

EMENTA

PENAL - CRIME DE TENTATIVA DE ROUBO AO VEÍCULO DOS CORREIOS - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - JUIZ REMOVIDO - NÃO VIOLAÇÃO - PRELIMINAR AFASTADA - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - ARTIGO 15 DO CÓDIGO PENAL - CARACTERIZAÇÃO - AMEAÇA REMANESCENTE - SUPOSTO CRIME QUE SE APURA MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA - REPRESENTAÇÃO QUE NÃO OCORREU - PROVIMENTO DO RECURSO - ABSOLVIÇÃO DO RÉU.

1. Arguição preliminar de nulidade da sentença, em face de violação ao princípio da identidade física do juiz. Afastamento. O juiz que presidiu a instrução foi removido para o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região antes de ser proferida a sentença nos autos, não tendo sido alegado pela defesa o prejuízo que teria sofrido, por não ter podido o juiz que instruiu o feito proferir a sentença.

2. Nulidade relativa que necessita de demonstração de prejuízo, diante da aplicação do art. 132 do CPC, por analogia ao art. 3º do CPP.

3. No caso dos autos, não assiste razão à defesa no que concerne à violação do princípio da identidade física do juiz, consagrado pelo § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.719/2008. O referido princípio não é absoluto, de modo que caberia à defesa demonstrar que o julgamento da causa por outro Juiz, que não aquele que presidira a instrução, não decorreu das hipóteses previstas no art. 132 do Código de Processo Civil.

4. Preliminar de nulidade rejeitada.

5. De fato, *in casu*, o delito não se consumou pela vontade do apelante. A desistência voluntária impediu o delito de roubo, diante do objeto que não interessou aos supostos roubadores para perpetração da conduta delitiva (roubo do secador de cabelos).

6. Na dicção do art. 15 do Código Penal, o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

7. Ainda que remanesça o crime de ameaça ao carteiro, segundo os relatos trazidos aos autos, uma vez que os agentes perguntaram o que a vítima tinha ali, ou o aviso de não chamar a polícia, o delito de ameaça estaria condicionado à representação da vítima, o que não ocorreu.

8. Provimento do recurso interposto para absolver o réu, com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto para absolver Marco Antonio da Silva Junior, com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por *Marco Antônio da Silva Júnior*, através da Defensoria Pública da União, contra a r. sentença (fls.282/292) proferida pelo MMº Juízo da 1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP que, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado ao cumprimento das penas de *3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto e pagamento de 8 (oito) dias-multa*, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, como incurso no art. 157, § 2º, II, c/c art. 14, II, do Código Penal.

A pena corporal não foi substituída por restritiva de direitos em virtude de o crime ter sido cometido com grave ameaça à pessoa.

Narra a denúncia, oferecida pelo Ministério Público Estadual, ratificada pelo “parquet” federal e recebida em 29 de maio de 2008, em síntese, que, no dia 16/5/2008, na Rua Aquitibaia, Jardim Regina, em São Bernardo do Campo/SP, o réu, agindo em concurso com pessoa não identificada, mediante ameaça ao funcionário carteiro, tentou subtrair para si correspondências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, somente não conseguindo o seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Em razões recursais (fls. 321/338), preliminarmente, intenta a defesa a nulidade da sentença condenatória, ao argumento de violação ao princípio da identidade física do juiz, uma vez que o magistrado prolator da sentença não foi o mesmo que presidiu a instrução da ação penal, o que acarretou prejuízo à defesa.

No mérito, requer absolvição do acusado, porquanto não comprovado o dolo da conduta, uma vez que o réu só deu uma “zuada com os funcionários do correio”, sem ter ciência do que realmente estava acontecendo.

Alega não haver falar em tentativa, uma vez que esta só ocorre quando iniciada a execução e o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente sendo que, no presente caso, não teve início a execução e o crime não se consumou por vontade dos próprios agentes.

Assevera que a hipótese dos autos configura desistência voluntária (art. 15 do Código Penal) e não tentativa, tendo sido o início da execução ato impunível.

Subsidiariamente, intenta a desclassificação do delito com o reconhecimento de tentativa de furto, uma vez que a ameaça supostamente sentida pela vítima não se concretizou em fundado temor ao ser ela abordada, não podendo ser atribuída ao agente a prática de grave ameaça quando a própria vítima afirma que seu temor não teve origem em qualquer conduta dos agentes, mas decorreu de mera suposição sua.

Ainda alternativamente, pleiteia a redução em dois terços pela tentativa, em face de interrupção no início do *iter criminis*, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões recursais propugnam pelo não provimento do recurso de apelação (fls. 342/347).

Parecer do Ministério Público Federal opina pelo provimento da apelação, para que seja decretada a absolvição do réu, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 350/354).

É o relatório.

Feito sujeito à revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

A denúncia veio grafada nos seguintes termos:

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 16 de maio de 2008, por volta das 15:00 horas, na Rua Aquitabaia, Jardim Regina, nesta cidade e comarca MARCO ANTÔNIO DA SILVA JÚNIOR, qualificado a fls. 12, agindo em concurso de agentes um indivíduo ainda não identificado, caracterizado pela divisão material dos atos executórios e vínculo subjetivo, tentou subtrair para si, correspondências da empresa Correios, somente não conseguindo seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo o apurado, o ofendido E.S.L, funcionário da empresa vítima, estava transportando algumas correspondências, oportunidade em que foi abordado pelo indiciado e seu comparsa. Em seguida, os roubadores começaram a cantar um “rap” com letra intimidadora e anunciaram o “assalto” dizendo: “E aí carteiro, o que você tem para nós!”. Logo após, um dos meliantes entrou no furgão da empresa e violou uma das correspondências, verificando que havia um secador de cabelos. Ato contínuo, os roubadores não se interessaram pela mercadoria, ameaçaram a vítima caso chamasse a polícia, e empreenderam fuga do local.

Ocorre que, instantes após, o ofendido localizou os roubadores em um bar localizado na Rua Tiradentes e informou a testemunha W.B.S., gerente operacional dos correios, que por sua vez acionou a Polícia Militar. Minutos após, policiais militares lograram encontrar o indiciado e seu comparsa no bar referido e lograram realizar a prisão em flagrante do denunciado.

É certo ainda que o comparsa de Marco Antônio conseguiu fugir e os meliantes somente não consumaram o delito, tendo em vista que as mercadorias encontradas no veículo dos correios não lhe interessaram. (...).

Feito o necessário relato do quanto expresso na denúncia, passo ao exame das razões recursais.

Por primeiro, afasto a arguição preliminar de nulidade da sentença, em face de violação ao princípio da identidade física do juiz.

Consta dos autos que o juiz que presidiu a instrução, D. Luiz Cláudio Lima Viana, foi removido para o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região por decisão constante de fl. 355, antes de ser proferida a sentença nos autos, não tendo sido alegado pela defesa o prejuízo que teria sofrido, por não ter podido o juiz que instruiu o feito proferir a sentença.

Nesse passo, anoto tratar-se de suposta nulidade relativa que necessita de demonstração de prejuízo, diante da aplicação do art. 132 do CPC, por analogia ao art. 3º do CPP.

Nesse sentido, cito brilhante voto da eminente Juíza Federal Convocada Louise Filgueiras, quando do julgamento da apelação criminal nº 0002036-43.2007.4.03.6113/SP:

Princípio da identidade física do Juiz. CPP, art. 399, § 2º. Lei nº 11.719/08. Aplicação analógica do art. 132 do Código de Processo Civil. O princípio da identidade física do Juiz, introduzido no sistema processual penal pela Lei nº 11.719/08, que acrescentou o § 2º ao art. 399 do Código de Processo Penal, não é absoluto, devendo ser aplicadas, por analogia, as previsões contidas no art. 132 do Código de Processo Civil, com vistas à regular as hipóteses em que o Juiz que presidiu a instrução não esteja no exercício da judicatura, haja vista que tal princípio deve ser compatibilizado com o princípio constitucional da razoável duração do processo, não se mostrando razoável que o feito permaneça paralisado, principalmente nas hipóteses de prisão cautelar, enquanto estiver afastado, por qualquer razão, o magistrado.

A exemplo, cite-se:

PENAL - PROCESSO PENAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - (...).

1. Não houve afronta à norma do art. 399, § 2º do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, que instituiu, no sistema processual penal, o princípio da identidade física do juiz. O referido art. 399, §2º não prevê as hipóteses em que o juiz que presidiu a instrução não esteja no exercício da judicatura, pelo que aplicável, por analogia (art. 3º do Código de Processo Penal) as normas a respeito do tema constantes do art. 132 do Código de Processo Civil, que possui a seguinte dicção: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

2. A magistrada que presidiu a instrução encontrava-se em gozo de férias, razão pela qual o decisum foi proferido pelo juiz substituto. O período de gozo de férias da magistrada deve ser considerado como “afastamento por qualquer motivo”, locução que contém norma de encerramento, desvinculando-a do feito enquanto perdurar o afastamento. Precedente.

3. Agrego, ainda, que, em razão da situação prisional dos recorrentes, a norma do art. 399, §2º do Código de Processo Penal deve ser interpretada com razoabilidade, não podendo o feito criminal permanecer paralisado aguardando retorno de magistrado afastado por qualquer motivo, em afronta ao princípio constitucional da celeridade processual (art. 5º, inc. LXVIII da CF) que possui especial relevo na hipótese de acusados presos - como é o caso dos autos. (...) (TRF da 3ª Região, ACR nº 200860020030342, Rel. Juiz Fed. Conv. Helio Nogueira, unânime, j. 28.09.09).

HABEAS CORPUS. ROUBO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA E VIOLÊNCIA. USO DE ARMA DE FOGO. ART. 157, §2º, I, II, V, DO CP. TENTATIVA. ART. 217 DO CPP. AUSÊNCIA DO RÉU EM INSTRUÇÃO CRIMINAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ART. 132 DO CPC. ORDEM DENEGADA.

(...) 3. A sentença foi proferida quando já em vigor a Lei 11.689/08, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, dentre eles o Art. 399, § 2º, que atualmente estabelece o princípio da identidade física do juiz. *Aplicação por analogia do Art. 132 do CPC. Outrossim, a nulidade suscitada é relativa, nos termos do Art. 566 do CPP, devendo-se demonstrar o prejuízo para que seja acolhida.* A nulidade absoluta é penalidade imposta pelo ordenamento jurídico à inobservância de atos que encerram interesse eminentemente público, estreitamen-

te jungido que estão à busca da verdade substancial do processo. Caso estivéssemos diante de um comprometimento insanável do processo justo, a regra não comportaria exceções tal como comporta. (...) (TRF da 3ª Região, HC nº 200903000086564, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, unânime, j. 11.05.09).

Do caso dos autos. Não assiste razão à defesa no que concerne à violação do princípio da identidade física do juiz, consagrado pelo § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008.

O referido princípio não é absoluto, de modo que caberia à defesa demonstrar que o julgamento da causa por outro Juiz, que não aquele que presidira a instrução, não decorreu das hipóteses previstas no art. 132 do Código de Processo Civil.

Desse modo, com fundamento no art. 132 do Código de Processo Civil, não havia vinculação ao julgamento do feito do magistrado que procedeu à instrução.

Acresça-se que nenhum ato deverá ser declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo (CPP, art. 563), o que, de igual modo, não foi demonstrado pela defesa.

Por conseguinte, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Passo ao exame do mérito e, no caso destes autos, entendo que *o recurso merece provimento*.

De fato, *in casu*, o delito não se consumou pela vontade do apelante. A desistência voluntária impediu o delito de roubo.

Segundo narrou, a testemunha Luis Antonio Gonçalves Eto, policial, realizava diligências nas imediações do Jardim Regina, na Comarca de São Bernardo do Campo/SP, quando W.B.S. funcionário dos Correios relatou que o funcionário E.S.L. foi abordado na rua Aquitibaia por dois indivíduos, sendo que um deles usou a expressão “e aí carteiro, deixa eu ver o que você trouxe pra nós!”; que tais indivíduos após violarem a correspondência, vendo que se tratava de um secador de cabelo, não tiveram maior interesse e o dispensaram no local, avisando que caso chamasse a polícia, não poderia mais ali trabalhar; que a vítima avisou que os ladrões estavam em um bar próximo ao local citado; que em diligências no bar, um dos indivíduos saiu correndo, porém ali ficou Marco Antonio da Silva, o qual disse que nada exigiu do carteiro, apenas “pediu” o conteúdo da entrega, sendo previamente apontado pela vítima como autor do delito.

Os fatos foram confirmados pela vítima e testemunha W.B.S. (Auto de Prisão em Flagrante (fls.2 e segs. - apenso).

Diante da narrativa, tenho que procede a irresignação do apelante, impondo-se a absolvição da acusação de roubo (art. 157, § 2º, do Código Penal), em sua forma tentada, uma vez que no fato incidiu desistência voluntária, diante do objeto que não interessou aos supostos roubadores para perpetração da conduta delitiva (roubo do secador de cabelos).

Na dicção do art. 15 do Código Penal, o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

Na lição de Mirabete, a desistência voluntária há exclusão da tipicidade. No fato não há tentativa típica. Interrompida a execução “por vontade do agente” ou *se por vontade deste não há consumação*, é evidente a falta de adequação típica pelo não-preenchimento do segundo elemento da tentativa que é a “não-consumação por circunstâncias *alheias* à vontade do agente”. (grifei).

Assinala-se até que o dispositivo seria desnecessário diante da conceituação da tentativa

na lei penal; ele, porém, espanca qualquer dúvida quanto à possibilidade de punirem-se os atos já praticados.

E prossegue o autor:

Na *desistência voluntária*, o agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante, desistindo da realização típica. Exemplos são o do sujeito que ingressa na casa da vítima e desiste da subtração que pretendia efetuar, do que efetua apenas um disparo ou um golpe e, dispondo ainda de munição e tendo a vítima à sua mercê, voluntariamente não efetua novos disparos ou não desfere novos golpes etc. Para que ocorra a hipótese prevista no dispositivo, a desistência deve ser *voluntária*, ou seja, que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à interrupção do *iter criminis*.

Segundo a fórmula de Franz Von Liszt, existirá a desistência voluntária sempre que o agente pode prosseguir, mas não quer; se ele quer, mas não pode, há tentativa.

(in Manual de Direito Penal, Ed. Atlas. Vol. I, 1996 pág. 158/159 - (Liszt F.Von - *Tratado de Derecho Penal* , Madrid, Reus 1929, v.3 p.20).

Veja-se jurisprudência que bem se adapta ao caso dos autos:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. TENTATIVA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. AMEAÇA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. DECADÊNCIA. ABSOLVIÇÃO.

1. Configura desistência voluntária a conduta do agente que, muito embora anuncie o assalto em estabelecimento comercial, desiste da execução do delito, ausentando-se do local sem nada levar, mesmo tendo à sua disposição diversos outros produtos. *In casu*, o Tribunal a quo, reconhecendo desistência voluntária, evidenciou que os fatos praticados configurariam o delito de ameaça. Por conseguinte, considerado se tratar este delito de ação penal pública condicionada à representação, bem como o decurso do prazo, absolveu o recorrido. Não merece reparo, pois, o v. acórdão ora increpado. Recurso especial desprovido.

(STJ, 5ª Turma, rel. Felix Fischer DJE 23/6/2008. RESP 979753).

Por fim, consigno que ainda que remanesça o crime de ameaça ao carteiro, segundo os relatos trazidos aos autos, uma vez que os agentes perguntaram o que a vítima tinha ali, ou o aviso de não chamar a polícia, o delito de ameaça estaria condicionado à representação da vítima, o que não ocorreu.

Ante tais fundamentos, dou provimento ao recurso interposto por *Marco Antônio da Silva Junior*, para absolvê-lo com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0006706-94.2011.4.03.6110
(2011.61.10.006706-1)

Apelante: SILAS DAYVISON PERES DE SOUZA BOTELHO (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: ACr 48806
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/08/2014

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE USO PROIBIDO OU RESTRITO NO PAÍS - REJEITADA A PRELIMINAR SUSCITADA PELO *PARQUET* FEDERAL, DE ENVIO DOS AUTOS À 1ª SEÇÃO DESTE E. TRIBUNAL PARA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS CRIMINAIS - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.677/98 - IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM BASE EM PROCESSOS FINDOS SEM CONDENAÇÃO E UMA AÇÃO PENAL EM CURSO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA SÚMULA 444 DO STJ - MANTIDO O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA, QUE CONTUDO, NÃO PODE BAIXAR A PENA AQUÉM DO MÍNIMO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ - PRELIMINARES REJEITADAS - RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO - PENA-BASE REDUZIDA DE OFÍCIO.

1 - Inicialmente, cumpre tratar da preliminar arguida pelo Ministério Público Federal, que visa à instauração de incidente de uniformização de jurisprudência e a consequente remessa dos presentes autos à Colenda 1ª Seção deste E. Tribunal, em razão da divergência de julgados entre as turmas julgadoras desse E. Tribunal no que diz respeito à validade e à aplicação das penas previstas no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal.

2 - Em 14.08.2013, o Órgão Especial desse E. Tribunal, nos autos nº 2009.61.24.000793-5, por maioria de votos, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Assim, já reconhecida pelo órgão competente desse E. Tribunal a constitucionalidade das penas abstratamente impostas pelo legislador ao delito tipificado no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, reputo prejudicada a preliminar suscitada pela Procuradoria Regional da República no respeitante à instauração do incidente uniformização de jurisprudência para dirimir a controvérsia havida no âmbito das turmas julgadoras a esse respeito.

3 - Não obstante a severidade da sanção legal prevista ao delito do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, isso não implica na inconstitucionalidade do dispositivo, dado que resulta dos critérios eleitos pelo legislador. Precedentes do STF e do Órgão Especial deste E. Tribunal, que, nos autos nº 2009.61.24.000793-5, rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma em comento.

4 - O delito atinge o sistema de saúde pública como um todo, afetando não só o dependente de determinada substância química, mas também o cidadão que necessita de tratamento e confia nas propriedades terapêuticas do medicamento que está utilizando, cuja garantia é dever do Estado, de modo que a conduta perpetrada pelo agente recebeu um maior desvalor no momento da fixação legislativa da pena. Veja-se que o legislado acabou por inserir o crime em comento no rol dos crimes hediondos, consoante a Lei nº 9.695/98, a corroborar a opção legislativa de dar um tratamento mais rigoroso ao tipo penal, o que, aliás, afasta a pretensão de que seja afastado o caráter hediondo do delito, já que determinado por expressa disposição legal.

5 - Igualmente, não há falar-se na aplicação das penas do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como também pretendido pela defesa no caso em tela, uma vez que os tipos penais descrevem condutas distintas, e, em que pese, no que concerne ao tráfico, a identidade do bem jurídico tutelado, a conduta perpetrada pelo agente recebeu um maior desvalor no momento da fixação legislativa da pena. Precedentes do STJ e deste E. Tribunal.

6 - A materialidade do delito encontra-se bem demonstrada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 08/10, pela Informação Técnica nº 021/2011 de fls. 16/18 e pelo Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense) de fls. 116/129.

7 - A autoria, por seu turno, também é certa. A prisão em flagrante da recorrente (fl. 02/03), na Rodovia Castello Branco, a bordo de ônibus da Viação Pluma, originário de Foz do Iguaçu e com destino a São Paulo, trazendo em sua bagagem grande quantidade de medicamentos consigo, para posterior venda, sem a devida autorização legal ou regulamentar, ocultados em sua bagagem de modo a não ser descoberto pela polícia, o depoimento no auto de prisão em flagrante delito do Cabo da Polícia Militar que efetuou a prisão da apelante, e o depoimento da segunda testemunha são suficientes para lastrear a conclusão que o apelante efetivamente trazia consigo significativa quantidade de medicamentos, alguns de consumo proibido no Brasil e outros sem as devidas licenças, para comércio posterior na cidade de Rio das Ostras/RJ.

8 - Não pode prosperar a alegação de que o apelante desconhecia a ilicitude de sua conduta, tendo em vista que o artigo 21 do Código Penal é imperativo no sentido de que o desconhecimento da lei é inescusável. Nem se diga, também, que não era possível o conhecimento do caráter ilícito da importação dos medicamentos, o que excluiria a culpabilidade, porque, antes da compra dos medicamentos o réu poderia perfeitamente ter perquirido na aduana sobre a ilicitude ou não de introduzir no país os produtos estrangeiros que acabou por adquirir.

09 - Nada obstante, como bem pontuou a sentença recorrida, o apelante trabalhou por seis anos em farmácias, de modo que, além de se esperar que ele soubesse quais medicamentos eram ou não proibidos no Brasil, a peculiaridade dos remédios apreendidos em seu poder - usados para o tratamento da disfunção erétil e anabolizantes para o aumento de massa muscular - e sua expectativa de lucro - em torno de R\$ 1.200,00 a R\$ 1.500,00 - demonstram que ele tinha a potencial consciência da ilicitude de sua conduta, o que se mostra suficiente para a condenação, tal como ensina abalizada doutrina.

10 - Muito embora não tenha se insurgido especificamente sobre a pena-base, observo que ela foi majorada em 1/6 (um sexto) - correspondentes a 8 (oito) meses além do mínimo legal haja vista a existência de dois processos findos sem condenação, além de uma ação penal em curso.

11 - Ocorre, porém, que tal motivação, além de não se coadunar com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, ofende frontalmente o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça com a edição da Súmula nº 444.

12 - Em sendo, assim, à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduzo a pena-base do acusado para o mínimo legal, qual seja, 10 (dez) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

13 - A atenuante decorrente da confissão, fixada em 1/3, pela r. sentença de primeiro grau, deve ser mantida. Entretanto, em respeito à Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, a pena fica mantida no mínimo legal.

14 - Contrariamente ao quanto pretendido pela defesa do réu, a pena deste foi mantida em 10 (dez) anos de reclusão, não sendo possível o início de cumprimento da pena em outro regime que não seja o fechado, nos exatos termos do artigo 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, que prevê o regime inicial fechado para cumprimento de penas superiores a 08 (oito) anos.

15 - Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido. Pena-base reduzida de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, ACORDAM os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto do Senhor Relator, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em rejeitar as preliminares suscitadas, negar provimento ao recurso de SILAS DAYVISON PERES DE SOUZA BOTELHO, e, de ofício, reduzir a pena-base para o *quantum* mínimo legal - 10 anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa -, a fim de adequá-la aos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça

São Paulo, 04 de agosto de 2014.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA:

Em complemento ao relatório já lançado às fls. 289/290, que ratifico nesta oportunidade, consigno que, em sessão de julgamento realizada em 17.09.2012, a E. Quinta Turma desse Tribunal, por unanimidade, decidiu suspender o julgamento do presente apelo até que sobreviesse decisão do Órgão Especial sobre a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal (autos nº 2009.61.24.000793-5), nos termos do voto da então relatora, a Des. Fed. Ramza Tartuce, assim ementado (fls. 297/297-vº):

CONSTITUCIONAL - PROCESSO CIVIL - PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE - QUESTÃO PREJUDICIAL - CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO - SUSPENSÃO DO FEITO ATÉ O JULGAMENTO DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

1. O apelante insurge-se contra a condenação pela prática do delito descrito no artigo 273, § 1º, “b”, incisos I, V e VI, do Código Penal, suscitando, ademais, a inconstitucionalidade do

preceito secundário constante do referido artigo.

2. Em decisão proferida na Sessão de Julgamento de 27/08/2012, esta Colenda Quinta Turma, no julgamento da apelação criminal 2009.61.24.000793-5 (0000793-60.2009.4.03.6124), decidiu, por unanimidade, suspender o julgamento do feito e remetê-lo ao Órgão Especial desta Corte Regional, para análise e julgamento da arguição de inconstitucionalidade, em razão de ofensa ao princípio da proporcionalidade, no que diz respeito à pena prevista no artigo 273, do Código Penal, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, dos artigos 480 e seguintes do Código de Processo Civil, da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 17, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal.

3. Em observância à cláusula de reserva de Plenário, e tratando-se a arguição de inconstitucionalidade de questão prejudicial ao julgamento da presente apelação criminal, uma vez que a decisão lá proferida deverá ser observada por esta Turma Julgadora, consoante o disposto no artigo 176, do Regimento Interno dessa Corte Regional, entendo deva ser determinada a suspensão do presente julgamento, até que sobrevenha decisão na arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos do processo nº 2009.61.24.000793-5.

4. Suspenso o julgamento da presente apelação criminal.

Por sua vez, a aludida arguição de inconstitucionalidade foi levada a julgamento pelo Órgão Especial em 14.08.2013, ocasião em que foi rejeitada por maioria, nos termos do voto da Des. Fed. Diva Malerbi, vencido o relator, Des. Fed. Márcio Moraes, que julgava parcialmente procedente o incidente para declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, da pena mínima estabelecida para o delito tipificado no art. 273 do Código Penal (cf. fls. 302/334).

Ultimado o julgamento da referida arguição de inconstitucionalidade, os autos tornaram conclusos para que, enfim, a E. Quinta Turma possa enfrentar as alegações do apelante em seu mérito.

É o relatório complementar.

À douta revisão.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Inicialmente, antes de adentrar no mérito do recurso da defesa, cumpre apreciar a preliminar arguida pela Procuradoria Regional da República em seu parecer de fls. 274/283-vº, que visa à instauração de incidente de uniformização de jurisprudência e a consequente remessa dos presentes autos à Colenda 1ª Seção deste E. Tribunal, em razão da divergência de julgados entre as turmas julgadoras desse E. Tribunal no que diz respeito à validade e à aplicação das penas previstas no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal.

No intuito de embasar tal requerimento, juntou os documentos de fls. 298/307.

A propósito, consigno que, em 14.08.2013, o Órgão Especial desse E. Tribunal, nos autos nº 2009.61.24.000793-5, por maioria de votos, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, por meio de acórdão assim ementado (destaquei):

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE

DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

[...]

- *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.

Assim, já reconhecida pelo órgão competente desse E. Tribunal a constitucionalidade das penas abstratamente impostas pelo legislador ao delito tipificado no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, reputo prejudicada a preliminar suscitada pela Procuradoria Regional da República no respeitante à instauração do incidente uniformização de jurisprudência para dirimir a controvérsia havida no âmbito das turmas julgadoras a esse respeito.

Pelo mesmo motivo, rejeito o pedido da defesa para que seja julgada inconstitucional a Lei nº 9.677/98 no que atine às penas cominadas ao delito tipificado no art. 273 do Código Penal.

Com efeito, além da supracitada decisão do Órgão Especial desta C. Corte, também o Supremo Tribunal Federal, recentemente, pronunciou-se sobre a constitucionalidade do preceito legal questão (grifei):

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 662090 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

Com efeito, o legislador reputou as condutas previstas no referido tipo penal de reprovabilidade exacerbada, uma vez que, além da possibilidade de venda, sem nenhum controle, de substâncias que só poderiam ser utilizadas mediante rigoroso acompanhamento médico, referida conduta põe em risco a saúde do cidadão comum, que adquire substância medicamentosa para tratamento de saúde e, por muitas vezes, acaba ingerindo substância inócua ou até mesmo nociva à sua saúde.

Vê-se, portanto, que o delito atinge o sistema de saúde pública como um todo, afetando não só o dependente de determinada substância química, mas também o cidadão que necessita de tratamento e confia nas propriedades terapêuticas do medicamento que está utilizando, cuja garantia é dever do Estado, de modo que a conduta perpetrada pelo agente recebeu um maior desvalor no momento da fixação legislativa da pena.

É de se notar, inclusive, que o legislador acabou por inserir o crime em comento no rol dos crimes hediondos, consoante a Lei nº 9.695/98, a corroborar a opção legislativa de dar um

tratamento mais rigoroso ao tipo penal, o que, aliás, afasta a pretensão de que seja afastado o caráter hediondo do delito, já que determinado por expressa disposição legal.

De seu turno, não há falar-se na aplicação das penas do delito de tráfico ilícito de entorpecentes ou do contrabando ou descaminho, como também pretendido pela defesa no caso em tela, uma vez que os tipos penais descrevem condutas distintas, e, em que pese, no que concerne ao tráfico, a identidade do bem jurídico tutelado, a conduta tipificada no art. 273, *caput*, e §§ do Código Penal recebeu um maior desvalor no momento da fixação legislativa da pena.

Nada obstante, adoto o entendimento de que é vedada a combinação de leis para a fixação de pena diversa daquela prevista no tipo penal incriminador.

Ainda, sobre a impossibilidade da aplicação das penas previstas a crimes análogos em casos envolvendo a prática do delito previsto no art. 273, *caput*, e §§ do Código Penal, confirmam-se os seguintes precedentes, entre os quais destaco um de minha relatoria (negritei):

PENAL. IMPORTAÇÃO ILEGAL DE MEDICAMENTOS. ART. 273, § 1º-B, INCISOS I, V E VI, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE APLICOU AO RÉU A PENA PREVISTA NO CRIME DE CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CORTE REGIONAL QUE IMPÕS A REPRIMENDA DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não é dado ao juiz, em razão do princípio da proporcionalidade, aplicar ao réu condenado a determinado tipo penal sanção diversa daquela legalmente prevista (preceito secundário da norma). 2. In casu, *a aplicação, pelo Juiz sentenciante, da reprimenda prevista para o delito de contrabando (art. 334, caput, do CP) ao réu condenado pelo crime tipificado art. 273, § 1º-B, incs. I, V e VI, do CP) foi incorreta, do mesmo modo a aplicação da pena do tráfico de drogas realizado pelo Tribunal a quo*. 3. No entanto, na ausência de recurso da acusação a fim de proceder a correta tipificação do fato ao preceito secundário da norma penal, é vedado a esta Corte Superior anular o acórdão recorrido, ou, até mesmo elevar a reprimenda. 4. Diante da dificuldade processual, a melhor solução é o restabelecimento do decreto de 1º grau. 5. Recurso especial do *Parquet* a que se nega provimento e o da Defesa provido para restabelecer a sentença condenatória. (RESP 200800860876, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 02/02/2012 .. DTPB:.)

PENAL - PROCESSUAL PENAL - IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE USO PROIBIDO OU RESTRITO NO PAÍS - ART. 273, § 1º-B, INCISO I, V E VI, DO CP - IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO DEMONSTRADAS - PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

[...]

8. O delito atinge o sistema de saúde pública como um todo, afetando não só o dependente de determinada substância química, mas também o cidadão que necessita de tratamento e confia nas propriedades terapêuticas do medicamento que está utilizando, cuja garantia é dever do Estado, de modo que a conduta perpetrada pelo agente recebeu um maior desvalor no momento da fixação legislativa da pena. Veja-se que o legislado acabou por inserir o crime em comento no rol dos crimes hediondos, consoante a Lei nº 9.695/98, a corroborar a opção legislativa de dar um tratamento mais rigoroso ao tipo penal, o que, aliás, afasta a pretensão de que seja afastado o caráter hediondo do delito, já que determinado por expressa disposição legal. 9. Não obstante a severidade da sanção legal prevista ao delito do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, isso não implica na inconstitucionalidade do dispositivo, dado que resulta dos critérios eleitos pelo legislador. Precedentes do STF e do Órgão Especial deste E. Tribunal, que, nos autos nº 2009.61.24.000793-5, rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do preceito

secundário da norma em comento.

10. Incabível o reconhecimento da confissão espontânea. Como visto, o magistrado decidiu de forma correta ao aplicar a pena privativa de liberdade em seu patamar mínimo, o que inviabiliza qualquer possibilidade de redução, pois a reprimenda não pode ser fixada aquém do mínimo legal. Inteligência da Súmula nº 231 do STJ.

11. *Não há, pois, que se falar na aplicação das penas do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como também pretendido pela defesa no caso em tela, uma vez que os tipos penais descrevem condutas distintas, e, em que pese, no que concerne ao tráfico, a identidade do bem jurídico tutelado, a conduta perpetrada pelo agente recebeu um maior desvalor no momento da fixação legislativa da pena. Precedentes do STJ e deste E. Tribunal.*

12. Assevero a impossibilidade de se acolher o pleito de que o recorrente aguarde o trânsito em julgado em liberdade, porquanto que não houve alteração da situação fática examinada no Habeas Corpus nº 2011.03.00.034777-9/MS julgado por esta Quinta Turma, no qual restou confirmado o decreto de prisão cautelar.

13. Recurso desprovido. Sentença mantida. (ACR 0002361-46.2010.4.03.6005, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, j. 16.06.2014.)

DIREITO PENAL - PROCESSO PENAL - ARTIGO 273, § 1º-B, INCISO I e V, DO CÓDIGO PENAL - A NORMA PENAL SUPOSTAMENTE INFRINGIDA PERMANECE VÁLIDA EM SUA INTEGRALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO - ANALOGIA COM A PENA DE TRÁFICO - NULIDADE DA SENTENÇA.

1 - O Magistrado reconheceu autoria, materialidade e dolo, condenou o réu pela prática do delito previsto no art. 273, § 1ºB, I e V do Código Penal, mas tomou como base a pena mínima de 5 (cinco) anos prevista para o delito de Tráfico de Drogas, conforme o art. 33 da Lei nº 11.343/2006, arguindo que a pena mínima de 10 (dez) anos de reclusão, estabelecida pelo legislador, referente ao delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no art. 273 do Código Penal, fere os princípios da humanidade e da proporcionalidade.

2 - *Não é possível utilizar o preceito secundário de outra norma penal para corrigir suposta desproporcionalidade do legislador, pois tal procedimento fere o princípio da estrita legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Carta Magna e no art. 2º do Código Penal, resultando em sentença nula, já que se utiliza pena diversa da prevista em lei, convertendo o Judiciário em legislador positivo.*

3 - *Não pode Juiz atuar como legislador positivo, por mais excepcional que seja o caso e por mais razoável que seja a analogia feita. A lei não deixou lacunas a serem supridas pelo julgador. Se o Magistrado se convenceu da desproporcionalidade do critério adotado pelo legislador no preceito secundário da norma penal ao fixar a pena por ferir o princípio da isonomia e razoabilidade das leis deve declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade preceito normativo contrastante com a Constituição, deixando de aplicá-lo ao caso concreto e, por conseguinte, absolver o réu, mas não escolher a pena de outro delito contra a saúde pública.*

4 - De ofício, anulada a r. sentença e julgada prejudicada a apelação. Determinado o retorno dos autos à primeira instância, para que outra decisão seja proferida, observando o princípio da estrita legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Carta Magna e no art. 2º do Código Penal. (ACR 00039407220094036002, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/06/2011 PÁGINA: 353 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Outro, aliás, não foi o entendimento do Órgão Especial desse E. Tribunal ao rejeitar a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B do Código Penal, ocasião em que também essa solução - o recurso à analogia para se utilizar da pena prevista para os crimes

que tutelam idêntico bem jurídico, caso do tráfico de entorpecente -, foi repudiada, conforme se observa da ementa do acórdão lavrado na ocasião (grifei):

[...]

- 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.

[...]

(TRF3, ÓRGÃO ESPECIAL, ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 14/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/08/2013)

Mantida, portanto a aplicação do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Superadas as matérias preliminares, passo a análise do mérito recursal.

Observo que a materialidade e a autoria do delito restaram seguramente comprovadas, tanto por meio das provas coletadas na fase policial, como durante a instrução criminal.

Com efeito, a materialidade do delito encontra-se bem demonstrada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 08/10, pela Informação Técnica nº 021/2011 de fls. 16/18 e pelo Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense) de fls. 116/129, este último taxativo ao concluir que, além de sua origem estrangeira, os medicamentos apreendidos em poder do apelante eram de comercialização proibida no Brasil, eis que nenhum possuía registro na ANVISA, alguns tinham características de falsificação e outros porque sua comercialização e distribuição eram sujeitas à controle especial e até mesmo vedadas.

A autoria, por seu turno, também é certa.

A prisão em flagrante da recorrente (fl. 02/03), na Rodovia Castello Branco, a bordo de ônibus da Viação Pluma, originário de Foz do Iguaçu e com destino a São Paulo, trazendo em sua bagagem grande quantidade de medicamentos consigo, para posterior venda, sem a devida autorização legal ou regulamentar, ocultados em sua bagagem de modo a não ser descoberto pela polícia, o depoimento no auto de prisão em flagrante delito do Cabo da Polícia Militar Luciano Calsavara, que efetuou a prisão da apelante, e o depoimento da segunda testemunha, Marcelo Amaral da Silva, são suficientes para lastrear a conclusão que o apelante efetivamente trazia consigo significativa quantidade de medicamentos, alguns de consumo proibido no Brasil e outros sem as devidas licenças, para comércio posterior na cidade de Rio das Ostras/RJ.

Verifica-se, ainda, que o próprio apelante admitiu a prática da conduta delituosa em seu depoimento na fase inquisitorial, descrevendo com detalhes suas ações (depoimento de fls. 05/06 - destaquei):

[...] QUE atualmente encontra-se desempregado, porém há algum tempo, de 2003 a 2008, trabalhou em uma farmácia na cidade de Rio das Ostras/RJ; *QUE em decorrência de estar desempregado, ser casado e ter filhos, o flagranteado decidiu realizar viagem ao Paraguai, em Ciudad Del Leste, objetivando adquirir medicamentos de uso controlado e outros menos nocivos, porém para disfunção erétil, e revende-los na sua cidade; QUE na data de 29/07/2011, o interrogado “desceu” ao Paraguai e adquiriu os medicamentos descritos no documento denominado “NOTA DE CONTROL”, pagando por tal mercadoria a quantia de US\$ 728,50 (setecentos e vinte e oito dólares e cinquenta cents); QUE após a compra efetuada, o declarante adquiriu alguns carrinhos de brinquedo e duas caixas de som tipo “microsystem”, pagando por tal mercadoria US\$ 70,00 (setenta dólares americanos); QUE hospedado em um hotel defronte à rodoviária em Foz do Iguaçu/PR, o interrogado ocultou os medicamentos no interior dos brinquedos e das caixas de som, acondicionando-os no interior de suas sacolas de plástico coloridas; QUE no mesmo dia adquiriu uma passagem na Viação Pluma, em Foz do Iguaçu/PR, com destino a São Paulo/SP, com horário de saída previsto para às 18h; QUE ocupou a poltrona de número 26 (vinte e seis); QUE na data de hoje, por volta das 08h40, o ônibus ocupado pelo declarante foi parado pela Polícia Rodoviária, isso no Km. 74 da Rodovia Castelo Branco; QUE as bagagens do interrogado, as quais estavam acondicionadas no bagageiro inferior do ônibus, foram fiscalizadas; QUE, em dado momento, um dos policiais rodoviários dirigiu-se ao interrogado, indagando-lhe sobre a origem dos medicamentos ocultos no interior dos brinquedos, sendo que o interrogado assumiu a posse dos mesmos; Que diante da constatação o interrogado recebeu a determinação de sair do ônibus onde se encontrava e acompanhar os policiais rodoviários a esta delegacia; *QUE os medicamentos seriam revendidos aleatoriamente a munícipes da cidade de Rio das Ostras/RJ; QUE o declarante teria um lucro aproximado de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) com a venda dos medicamentos; QUE, recentemente, foi até o Paraguai e adquiriu medicamentos para serem revendidos e também há aproximadamente cinco anos empreendeu viagem; QUE o interrogado não tinha conhecimento de que a venda de medicamentos com venda proibida no Brasil seria considerado crime, concluindo que se tratava apenas de contrabando; QUE já foi processado criminalmente anteriormente, em decorrência de uma briga em Rio das Ostras [...].**

No mesmo sentido foram as declarações prestadas pelo apelante em Juízo (fls. 161-vº/162 - grifos do original):

[...] SOBRE OS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA:

Após ter saído da papelaria, cheguei a ir ao Paraguai para comprar algumas bugigangas para vender em Rio das Ostras. Vendia as mercadorias na minha casa mesmo. Depois que fiquei desempregado da farmácia, voltei uma segunda vez ao Paraguai para comprar bugigangas. Lá me ofereceram o genérico do Viagra e o genérico do Cialis. Não comprei. Resolvi fazer uma terceira viagem ao Paraguai, esta narrada na denúncia. Acabei comprando os medicamentos, fiz a besteira. Escondi os medicamentos nos brinquedos e nas caixas de som por medo de assalto e por ter ultrapassado a cota de trezentos dólares. Aconteceu que o ônibus foi abordado e fui preso por conta disso. Assumi a propriedade das mercadorias, na abordagem, mas não sabia que era essa gravidade toda, isto é que era crime hediondo e pela pena tratada na lei. Paguei setecentos e oitenta e dois dólares, conforme demonstra o documento de fl. 13 pela mercadoria. Tinha idéia de ganhar R\$ 1.200,00 a R\$ 1.500,00 com a venda dos remédios. Ainda não tinha clientes ou qualquer encomenda para a compra dos medicamentos. Mudei de idéia - comprar a mercadoria na terceira viagem - pelo preço da compra do produto e o valor que conseguiria com a venda, segundo fiquei sabendo na minha cidade. Acrescento que estou muito arrependido pelo que eu fiz.

Solicitados esclarecimentos pelo Ministério Público Federal, o denunciado respondeu: Independentemente da compra dos medicamentos, iria comprar os carrinhos e as outras mer-

cadorias que adquirir. Tirando os medicamentos, as demais mercadorias não ultrapassavam a cota de trezentos dólares. As passagens para o Paraguai, nesta viagem, foram compradas com o cartão do meu pai; as mercadorias foram compradas com o dinheiro que eu consegui com a venda das mercadorias trazidas na viagem anterior. Entre a penúltima e a última viagens, foram aproximadamente de dois a três meses. A mesma pessoa que ofereceu os genéricos do Viagra e do Cialis ofereceu os demais medicamentos que comprei. Com relação aos medicamentos em ampola, ia vender apenas as ampolas, não trazia a injeção. Estive no Paraguai outras vezes, conforme já relatei, mas não para buscar medicamentos. Não sei porque ficou constando no depoimento que prestei na polícia que teria ido outras vezes para adquirir medicamentos [...].

A propósito, também se mostra oportuno transcrever as declarações do policial militar rodoviário Luciano Calvasara (fls. 163/163-vº - grifos do original):

[...] Às perguntas do Ministério Público Federal, respondeu: Lembro-me da diligência narrada na denúncia. Fui abordado, no dia dos fatos, um ônibus que fazia um trajeto interestadual, não me recordando do nome da empresa. Eu procedi à verificação das bagagens na parte de cima do ônibus e o meu colega, Marcelo, ficou encarregado de verificar as bagagens na parte de baixo do ônibus. Ele estava realizando a verificação da companhia do motorista de ônibus. Em determinado momento, ele me chamou e disse que havia encontrado medicamentos em determinada bagagem. Pedimos ao motorista para que, com base no mapa dos passageiros e bagagens, identificasse o proprietário da bagagem onde estavam os medicamentos e, assim, chegamos ao denunciado aqui presente. Pedimos, então, para que ele descesse do ônibus. Continuando a revista, na presença do denunciado, encontramos os medicamentos escondidos nas embalagens dos brinquedos e em duas caixas de som. Tratava-se de remédios provenientes do Paraguai, estimulantes e anabolizantes, com restrição de comércio no Brasil, pela ANVISA. Indagado ao denunciado sobre os medicamentos, ele disse que pertencia a ele mesmo, que estava desempregado, que já avia trabalhado em farmácia, que resolveu fazer a viagem ao adquirir os medicamentos com a finalidade de vendê-los em Rio das Ostras, Estado do Rio de Janeiro. Haja vista a situação, o denunciado foi encaminhado à DPF de Sorocaba, tendo sido ratificada a voz de prisão pela autoridade policial. Ele disse que comprou os remédios no Paraguai, com a finalidade acima relatada. Identifico o documento de fl. 13 como encontrado na carteira do denunciado, no dia dos fatos [...].

Restou comprovado nos autos, pois, que o apelante dirigiu-se ao Paraguai para comprar remédios que sabia terem seu comércio proibido no Brasil, assim como adquirir alguns outros que, embora possam ter comércio em território nacional, foram adquiridos sem as necessárias licenças e em desacordo com as normas que regem seu comércio no país.

As circunstâncias em que foi realizada a prisão em flagrante, aliadas aos depoimentos colhidos e a confissão do apelante, na fase judicial, confirmam, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a sua responsabilidade.

É de se ressaltar que a comprovação da autoria e da materialidade do delito sequer foi objeto de irresignação em razões de recurso.

Nem se diga, por sua vez, que não era possível o conhecimento do caráter ilícito da importação dos medicamentos, o que excluiria a culpabilidade do apelante, porque, antes da compra dos medicamentos, ele poderia perfeitamente ter perquirido na aduana sobre a ilicitude ou não de introduzir no país os produtos estrangeiros que acabou por adquirir.

Ademais, dispõe o artigo 21 do Código Penal que o desconhecimento da lei é inescusável. Isto porque, se fosse possível ao agente eximir-se da responsabilidade penal, alegando igno-

rância da lei, haveria insegurança jurídica, debilitando o caráter intimidador do Direito Penal.
Como esclarece Julio Fabbrini Mirabete:

O indivíduo, como membro da sociedade, tem intuição do que é proibido e pode, assim, evitar a violação da ordem jurídica e a prática de atos lesivos, mesmo nas hipóteses em que os tipos penais não coincidem com a ordem moral, porque se exige que, normalmente, se informe a respeito da regularidade jurídica de seus atos.
(in *Manual de Direito Penal I*, 19ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 203).

Nada obstante, como bem pontuou a sentença recorrida, o apelante trabalhou por seis anos em farmácias, de modo que, além de se esperar que ele soubesse quais medicamentos eram ou não proibidos no Brasil, a peculiaridade dos remédios apreendidos em seu poder - usados para o tratamento da disfunção erétil e anabolizantes para o aumento de massa muscular - e sua expectativa de lucro - em torno de R\$ 1.200,00 a R\$ 1.500,00 (cf. fls. 161) - demonstram que ele tinha a potencial consciência da ilicitude de sua conduta, o que se mostra suficiente para a condenação, tal como ensina a doutrina (destaquei):

[...] com evolução do estudo da culpabilidade, *não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência*. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. *Não se trata de uma consciência técnica-jurídica, formal, mas da consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da anti-socialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta*. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. São conhecimentos que, no dizer de Binding, vem naturalmente com o ar que a gente respira. (BITENCOURT. Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, p. 326-327 apud Greco, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120 do CP). 8ª ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Editora Impetus, 2007, pp. 410-411).

Sendo de rigor a manutenção da condenação, passo à questão da dosimetria da pena.

Muito embora não tenha se insurgido especificamente sobre a pena-base, observo que ela foi majorada em 1/6 (um sexto) - correspondentes a 8 (oito) meses além do mínimo legal - por ter o juiz sentenciante considerado desfavoráveis os antecedentes e a conduta social do apelante, haja vista a existência de três processos findos sem condenação, além de uma ação penal em curso (fls. 208-vº).

Ocorre, porém, que tal motivação, além de não se coadunar com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, ofende frontalmente o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça com a edição da Súmula nº 444, de seguinte teor: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Em sendo, assim, à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduzo a pena-base do acusado para o mínimo legal, qual seja, 10 (dez) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

Quanto ao reconhecimento da atenuante de confissão, verifico que o réu admitiu a veracidade dos fatos descritos na denúncia, na polícia e em juízo. Ressalto, ainda, que a aplicação dessa atenuante não foi objeto de irresignação pelas partes.

Portanto, a atenuante decorrente da confissão, aplicada em 1/3 (um terço) pela r. sentença de primeiro grau, deve ser mantida. Entretanto, em respeito à Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”), a pena fica mantida no mínimo legal.

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, tenho que o mesmo deverá ser o fechado.

De fato, contrariamente ao quanto pretendido pela defesa do réu, a pena deste foi mantida em 10 (dez) anos de reclusão, não sendo possível o início de cumprimento da pena em outro regime que não seja o fechado, nos exatos termos do artigo 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, que prevê o regime inicial fechado para cumprimento de penas superiores a 08 (oito) anos.

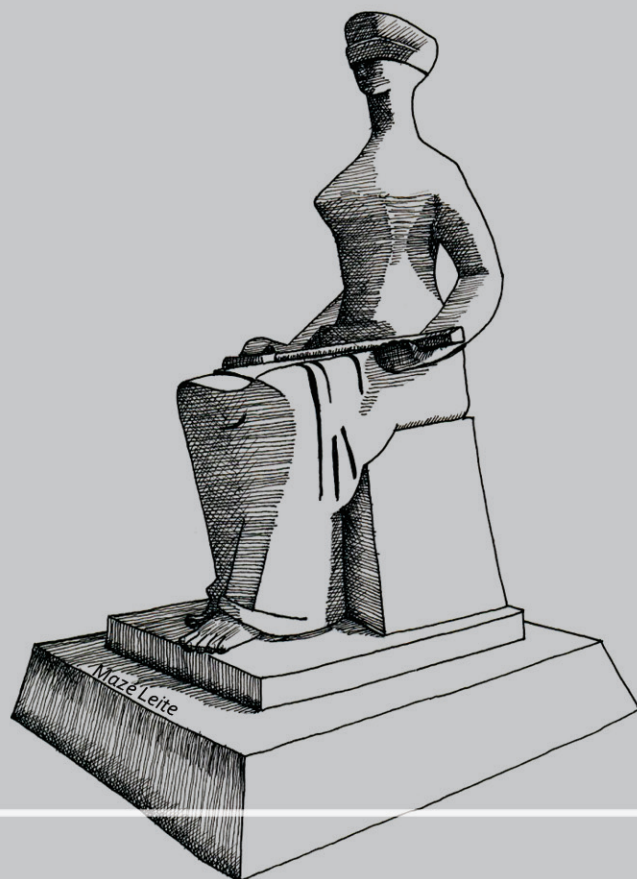
Diante do exposto, *rejeito* as preliminares arguidas, *nego provimento* à apelação de SILAS DAYVISON PERES DE SOUZA BOTELHO, e, *de ofício*, reduzo a pena-base para o *quantum* mínimo legal - 10 anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa -, a fim de adequá-la aos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

No mais, fica mantida a r. sentença apelada.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Previdenciário



AGRAVO LEGAL EM AÇÃO RESCISÓRIA

0004705-51.2002.4.03.0000

(2002.03.00.004705-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Réu: LUIZ ANTONIO ANTUNES

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: AR 2033

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2014

EMENTA

AGRAVO LEGAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI. CONTAGEM RECÍPROCA. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI 8.213/91. CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. NECESSIDADE DE CONTRIBUIÇÃO OU INDENIZAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A decisão combatida analisou todas as questões levantadas pelo ente público, rescindindo parcialmente o acórdão, facultando ao INSS que da certidão de tempo de serviço rural, conste expressamente a advertência quanto à ausência de recolhimento das respectivas contribuições ou de sua indenização, para efeitos de carência ou de contagem recíproca.

- O direito à obtenção da certidão de tempo de serviço não deve ser confundido com sua eventual posterior utilização.

- O Autor vinculado à pessoa jurídica de direito público sob Regime Jurídico Próprio, cabendo a esta, no momento de instituir o benefício, condicionar o cômputo do período de labor rural à indenização prevista na Lei nº 8.213/91, art. 96, inciso IV.

- Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de decisão monocrática, proferida nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, que na presente ação rescisória rejeitou a matéria preliminar levantada pelo réu e julgou parcialmente procedente o pedido para rescindir o acórdão transitado em julgado, a fim de facultar ao INSS que da certidão de tempo de serviço rural conste a advertência quanto à

ausência de recolhimento das respectivas contribuições ou de sua indenização, para efeitos de carência ou de contagem recíproca.

Alega o agravante, em síntese, que a decisão merece ser reconsiderada, para julgar improcedente o pedido formulado na lide primitiva ou condicionar a expedição da certidão à comprovação do recolhimento das contribuições sociais devidas ou à indenização nos períodos compreendidos entre 01/1980 a 12/1990.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

O agravo interposto não merece acolhimento.

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste colegiado:

Trata-se de ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - em face de LUIZ ANTÔNIO ANTUNES (funcionário público estadual), objetivando a rescisão de acórdão proferido pela Egrégia Quinta Turma desta Corte Regional, o qual negou provimento à sua apelação, mantendo a sentença que julgou procedente o pedido de averbação de tempo de serviço rural (janeiro/1980 a dezembro/1990).

Alega o autor, em síntese, que o julgado incorreu em violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V), mais especificamente aos artigos 202, § 2º, da Constituição Federal; 94, *caput* e 96, IV, ambos da Lei 8.213/91; pois para a concessão da certidão de tempo de serviço rural, visando à contagem recíproca do tempo de serviço, seria necessária a respectiva indenização. Pede a rescisão do julgado.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido.

Citado, contestou o requerido, alegando, em preliminar, a falta do depósito prévio (CPC, art. 488, II); o não cabimento da presente ação, posto que já houve pronunciamento judicial sobre a questão discutida; e a aplicação da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal. No mérito, pugna pela improcedência do pedido.

Razões finais ofertadas pelas partes, sendo que o INSS restringiu-se a reiterar os fundamentos da petição inicial.

Parecer do Ministério Público Federal pela improcedência do pedido.

É o relatório. Decido.

O *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos Tribunais Superiores.

O § 1º-A do mesmo artigo, por sua vez, confere poderes ao relator para, se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de outro Tribunal Superior, dar provimento ao recurso.

O objetivo da inovação legislativa, introduzida no sistema processual pela Lei 9.756/98, é de conferir celeridade aos julgamentos proferidos pelos tribunais, sempre que o tema versado no processo já se encontrar pacificado na jurisprudência. A regra, assim, vai ao encontro do princípio da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Com fundamento no princípio constitucional acima mencionado e conquanto o art. 557 do Código de Processo Civil se refira expressamente a “recurso”, estando a matéria devida-

mente pacificada, plenamente cabível a aplicação do dispositivo às ações rescisórias. Neste sentido, decisões do Supremo Tribunal Federal (v.g. AR 2130/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 22.03.2010 e AR 2124/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 04.03.2010) e da Terceira Seção desta Corte Regional (v.g., AR 97.03.008352-8, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi e AR 0103067-15.2007.4.03.000003, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral).

Passo, assim, ao exame da causa.

Atesto, de início, a tempestividade da presente ação rescisória, eis que não ultrapassado o prazo decadencial de 2 anos, estabelecido no art. 495 do Código de Processo Civil, tal como revela a certidão de fls. 54.

A seguir, vale consignar que a competência para o processamento e julgamento desta ação é mesmo desta Corte Regional, nos termos do art. 108, I, b, da Constituição Federal.

Com efeito, a circunstância de o Colendo Superior Tribunal de Justiça haver proferido acórdão no qual examina a questão acerca da comprovação do exercício de atividade rural pelo autor (questão de mérito, portanto), não tem o condão de deslocar a competência, na medida em que a presente ação se funda na necessidade de indenização do tempo de serviço, tema não enfrentado por aquela Corte Superior. Incidência da Súmula nº 515 do Supremo Tribunal Federal: “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.”

Ademais, a preliminar de falta do depósito prévio previsto no art. 488, II, do Código de Processo Civil não merece prosperar, diante da orientação contida na Súmula nº 175 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida:

“Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS.”

Por outro lado, o fato de já ter havido pronunciamento judicial sobre a matéria, no bojo do processo originário, não constitui obstáculo ao conhecimento desta ação rescisória, eis que fundamentada em alegação de violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V) e não em erro de fato (CPC, art. 485, IX e §§ 1º e 2º).

Não merece acolhida, outrossim, a preliminar de não cabimento da ação rescisória, com base na Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, assim dispõe referido verbete sumular:

“Não cabe ação rescisória contra ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Todavia, embora a regra geral quanto ao inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil seja a de que sempre que a interpretação dos tribunais for controvertida acerca de determinado comando normativo, existindo entendimentos distintos no âmbito da jurisprudência, a opção judicial por qualquer das teses divergentes não implica violação a literal disposição legal, descabida se mostrando a utilização da ação rescisória, há que se considerar a existência de uma exceção, unanimemente reconhecida em sede doutrinária e jurisprudencial: a das controvérsias versando sobre matéria constitucional.

Assim, se a lide envolve a aplicação de dispositivo da Constituição Federal - no caso concreto, o artigo 202, § 2º, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98 -, há que se afastar o emprego da supracitada súmula, em homenagem à força normativa da Constituição e à máxima efetividade das normas constitucionais.

Nesse passo, saliento que a questão da inaplicabilidade da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional encontra-se absolutamente pacificada no âmbito jurisprudencial, pois há inclusive súmula do Tribunal Regional Federal da Quarta Região acerca disto: “Súmula 63: Não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional.”

Em idêntico sentido, a Súmula nº 27 desta Corte Regional, a qual, embora editada pela Segunda Seção, aplica-se, analogicamente, à espécie:

“É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente interpretação de texto constitucional.”

Essa é, também, a posição do Superior Tribunal de Justiça, como revelam, ilustrativamente, as ementas de acórdão abaixo transcritas:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA ‘A’. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 343 /STF. INAPLICABILIDADE. ALÍNEA ‘C’. AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. ART. 255/RISTJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I- No tocante à alínea ‘a’, este Tribunal já decidiu reiteradas vezes que, no caso de interpretação controvertida de dispositivo constitucional, é cabível a ação rescisória, devendo ser afastado o óbice da Súmula 343 do Pretório Excelso.

(...)

IV- Agravo interno desprovido.”

(AgRg no REsp 709458/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 07.04.2005, v.u., DJ 02.05.2005, p. 409)

“PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM URV. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DA DECISÃO RESCINDENDA. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. SÚMULA 343 DO STF. INAPLICABILIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ANÁLISE DOS REQUISITOS. SÚMULA 07. IMPOSSIBILIDADE.

Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, descabida é a restituição requerida pela Autarquia, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. É cabível a ação rescisória que trate de matéria de índole constitucional, na hipótese em que o Supremo Tribunal Federal tenha firmado orientação diversa do entendimento esposado no decurso rescindendo.

O reexame da presença dos requisitos autorizadores do deferimento de tutela antecipada encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.

Recursos do INSS e de Camilo Osmar Klein desprovidos.”

(RESP 728728/RS; Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 07.04.2005, v.u., DJ 09.05.2005, p. 474)

E, por fim, o próprio Supremo Tribunal Federal espousa entendimento idêntico ao ora explicitado:

“EMENTA: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória”.

(RE 328812 AgR/AM, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 10.12.2002, v.u., DJ 11.04.2003)

Afastadas as preliminares, passo ao exame do mérito da causa, relativamente ao juízo rescindendo, cabendo anotar que nesta primeira etapa a análise limitar-se-á à procedência ou não do pedido de rescisão, ou seja, se está ou não configurada a hipótese estabelecida no art. 485, V, do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

V - violar literal disposição de lei.”

A violação a literal disposição legal há de ser considerada como aquela que se mostra flagrante, inequívoca, indubitosa, que salta aos olhos. Cumpre esclarecer que a violação da qual se cogita há de ser entendida como aquela perpetrada pela decisão que contradiz formalmente o preceito normativo; aquela que investe contra o direito em tese. Não se trata, é evidente, da decisão que julga contra o direito da parte (ou seja, a sentença injusta), pois esta somente desafia os instrumentos recursais previstos em lei para sua correção. Somente a sentença que

pretere o direito em hipótese, em tese, que contraria de maneira formal um preceito legal, negando-lhe vigência, é que poderá ser submetida à rescisão.

Assim estava redigido o art. 202, § 2º, da Constituição Federal de 1988, anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 20/98 (correspondendo, hoje, ao art. 201, § 9º, da Carta Federal): “Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

§ 2º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

Igualmente, a Lei 8.213/91, em sua redação vigente à época da ação originária, previa:

“Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.

Parágrafo único. A compensação financeira será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício pelos demais sistemas, em relação aos respectivos tempos de contribuição ou de serviço, conforme dispuser o regulamento.”

“Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

IV - o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com os acréscimos legais;

V - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência.”

Ocorre, contudo, que a regra contida no inciso V do artigo 96 acima transcrito, por dizer respeito ao Regime Geral de Previdência Social (disciplinado pela Lei 8.213/91), abrangia apenas as atividades de natureza privada (urbanas ou rurais), não encontrando aplicação, portanto, naquelas hipóteses versando soma do tempo de serviço rural para efeito de aposentadoria em regime próprio de previdência social. Nesta última hipótese, é indispensável a prova do recolhimento das respectivas contribuições ou sua indenização, nos termos dos artigos 94 e 96, IV, da Lei 8.213/91.

Nessa linha, trecho do voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgRg no REsp 437.487/SC, DJ 07/10/2002:

“As regras do § 2º do artigo 55 e do inciso V do art. 96 da Lei 8.213/91, contudo, dizem respeito ao Regime Geral de Previdência Social, concernente à atividade privada, urbana e rural, aí restringindo sua abrangência, não alcançando a hipótese de contagem recíproca para fins de somar o tempo de atividade rural ao tempo de serviço público, para o qual a Constituição exige prova de contribuição efetiva.”

Na mesma direção, as ementas de acórdão a seguir:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL OU URBANO. ATIVIDADE ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 8.213/91. CONTAGEM RECÍPROCA. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O tempo de serviço laborado antes da vigência da Lei 8.213/91, concernente à atividade privada, urbana ou rural, para fins de aposentadoria no serviço público, depende do recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, consoante assevera a jurisprudência desta Corte.

II - Agravo interno desprovido.”

(AgRg no REsp 748949 / RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ 19/09/2005)
 “PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SERVIDOR PÚBLICO. RURÍCOLA. CONTAGEM RECÍPROCA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS REFERENTES AO PERÍODO LABORADO NO CAMPO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 8.213/91. NECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 94 E 96, IV, DO CITADO DIPLOMA LEGAL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/97. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O reconhecimento e a averbação do tempo de serviço rural exercido pelo segurado, para fins de aposentadoria urbana no mesmo regime de previdência, prescinde de recolhimento das contribuições previdenciárias referentes ao respectivo período, por força do estatuído no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91; ao passo que, o reconhecimento e a averbação de tal atividade, com a finalidade de contagem recíproca, nos termos do disposto nos artigos 94 e 96, IV, do citado diploma legal, lhe impõe o dever de indenizar a Previdência Social, para dar ensejo à compensação entre os regimes geral e próprio, que possuem fontes de custeio apartadas.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 464734 / RS, SEXTA TURMA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 13/06/2005)

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Medida Cautelar na ADI nº 1664-0, assim se pronunciou:

“EMENTA: PREVIDÊNCIA SOCIAL. Relevância jurídica da impugnação, perante os artigos 194, parágrafo único, I, 201, *caput* e § 1º e 202, I, todos da Constituição, da proibição de acumular a aposentadoria por idade, do regime geral da previdência, com a de qualquer outro regime (redação dada, ao art. 48 da Lei nº 8.213-91, pela Medida Provisória nº 1.523-13/1997). Trabalhador rural. Plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da exigência de contribuições anteriores ao período em que passou ela a ser exigível, justificando-se ao primeiro, exame essa restrição apenas em relação à contagem recíproca de tempo de serviço público (artigos 194, parágrafo único, I e II, e 202, § 2º, da Constituição e redação dada aos artigos 55, § 2º, 96, IV e 107 da Lei nº 8.213-91, pela Medida Provisória nº 1.523-13-97). Medida cautelar parcialmente deferida.”

(ADI 1664 MC / UF, Tribunal Pleno, Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 19-12-1997)

Traçado o panorama legislativo e assinalando que o caso versa sobre contagem recíproca, isto é, a soma, ao tempo de serviço público, do tempo de atividade privada rural, impende ressaltar que não pode ser dispensada, em relação a esta, a prova do recolhimento das respectivas contribuições ou a sua indenização, no que diz respeito ao período anterior à Lei 8.213/91.

Nesse sentido, mais um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL ANTERIOR À LEI 8.213/91. CÔMPUTO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. NECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE.

1. Para a contagem recíproca de tempo de contribuição, mediante a junção do período prestado na administração pública com a atividade rural ou urbana, faz-se necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei 8.213/91.

2. Ação julgada improcedente.”

(AR 2510/SP, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 01/02/2010)

Conclui-se, do quanto até aqui exposto, que o ora requerido tem direito à expedição de certidão de tempo de serviço rural, posto que garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXIV, b), porém com a ressalva de que da mesas poderá constar que para fins de aposentadoria em regime diverso do geral terá de ocorrer a indenização das contribuições correspondentes. Este o entendimento desta Colenda Terceira Seção:

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSICÃO DE LEI. SERVIDOR PÚBLICO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL PARA O FIM DE CONTAGEM RECÍPROCA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. EXPEDIÇÃO

DE CERTIDÃO CABÍVEL COM A RESSALVA DO INSS DE CONSIGNAR A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS. DEMANDA RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO SUBJACENTE PARCIAL PROCEDENTE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. O objeto desta ação rescisória restringe-se à possibilidade ou não de se expedir certidão do tempo de serviço rural, independentemente do pagamento de indenização, não havendo discussão acerca do tempo reconhecido como trabalhado pelo aresto atacado.

2. A autora qualifica-se na inicial da ação subjacente como funcionária pública, o que obriga à apreciação do pedido à luz do disposto nos artigos 201, § 9º, da CF/88 e 96 da Lei nº 8.213/91, por envolver questão relativa à contagem recíproca de trabalho em regimes diversos.

3. A interpretação adotada no acórdão rescindendo - de não estar a expedição da respectiva certidão de tempo condicionada à prévia indenização, sem ressalva alguma -, destoa do texto da lei, razão pela qual é cabível sua parcial rescisão, nos termos do art. 485, V, do CPC.

4. Deve ser reconhecido o período rural descrito na decisão rescindenda, prevalecendo a determinação ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para que expeça a competente certidão, contudo com a faculdade de consignar nesse documento a ausência de recolhimento de contribuições ou de indenização para efeito de carência e para fins de contagem recíproca.

5. Em face da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com os honorários dos respectivos patronos.

6. Ação rescisória procedente. Ação originária parcialmente procedente.”

(AR 0030984-11.2001.4.03.0000, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA, DJ 20/06/2012)

Outrossim, pelo fato de se consignar, na certidão de tempo de serviço rural, que o ora réu, para fins de aposentadoria em regime diverso do geral, terá de indenizar as contribuições correspondentes, não se pode cogitar de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Isso é assim pois se trata de mandamento constitucional e legal a ser observado por todos, indistintamente, em atenção à necessidade de se preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário (art. 201, *caput*, da Constituição Federal).

Posto isso, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, REJEITO A MATÉRIA PRELIMINAR levantada pelo réu e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para rescindir, em parte, o acórdão transitado em julgado, a fim de facultar ao INSS que da certidão de tempo de serviço rural conste a advertência quanto à ausência de recolhimento das respectivas contribuições ou de sua indenização, para efeitos de carência ou de contagem recíproca.

Sem condenação das partes em honorários advocatícios, diante da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil, e da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado e ultimadas as providências necessárias, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 20 de setembro de 2012.

O caso sob análise versa sobre expedição de certidão de tempo de serviço rural, com vistas à contagem recíproca de tempo de serviço de servidor público, que possui regime próprio de previdência social, para fins de aposentadoria.

Sendo devida a indenização das contribuições previdenciárias, prevista no art. 96, inc. IV, da Lei n. 8.213/91, quando se tratar de contagem recíproca de tempo de contribuição, ou seja, aquele que ostenta a qualidade de funcionário público pretender utilizar o tempo de serviço rurícola para fins de aposentadoria em regime próprio de previdência social, portanto, diverso do Regime Geral da Previdência Social.

Assim, sendo o Autor vinculado à pessoa jurídica de direito público sob Regime Jurídico Próprio, esta sim, no momento de instituir o benefício, poderá condicionar o cômputo do período de labor rural à indenização prevista na Lei nº 8.213/91, art. 96, inciso IV.

Nos termos da legislação de regência, o direito à contagem recíproca do tempo de serviço demanda compensação financeira entre os diferentes regimes de previdência, a teor do disposto no art. 202, § 2º, da Constituição Federal e no art. 94 da Lei 8.213/91.

In casu, na decisão agravada essa matéria foi tratada na ação rescisória, conforme trechos destacados.

É de se lembrar que o escopo do agravo previsto no art. 557 do Código de Processo Civil não permite seu manejo para a repetição das alegações suscitadas ao longo do processo.

Deve o recurso demonstrar a errônea aplicação do precedente ou a inexistência dos pressupostos de incidência do art. 557 do CPC, de modo que a irresignação a partir de razões sobre as quais a decisão exaustivamente se manifestou não é motivo para a sua interposição. Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO- DOENÇA - ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I. No agravo do art. 557, § 1º, do CPC, 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.

II. 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.

III. agravo legal improvido.

(AC 2010.03.99.011594-2, TRF3, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJE 28/02/2012)

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

Desembargador Federal **SOUZA RIBEIRO** - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005596-94.2005.4.03.6102
(2005.61.02.005596-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AMS 274365
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2014

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança interposto por *Marco Aurélio de Oliveira Silva* contra ato administrativo da *União Federal e do Subdelegado do Trabalho em Ribeirão Preto*, objetivando a declaração de seu direito ao benefício de seguro-desemprego, bem como a concessão da medida liminar para autorizar o desbloqueio e a liberação de 5 (cinco) parcelas no valor de R\$ 486,46.

Sustenta o impetrante, em síntese, que prestou serviços para a empresa CETERP - Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto S/A, no período de 11/11/1991 a 01/03/2000 quando se viu obrigado a aderir ao chamado PDV, haja vista a inevitável dispensa de empregados noticiada pela empresa. Aduz que foi dispensado sem justa causa e que a agência da CEF indeferiu o benefício a todos os funcionários da CETERP sob o argumento de que o PDV não caracteriza dispensa sem justa causa. Alega que o processo de demissão se deu por interesse exclusivo da empregadora ante uma reestruturação pela qual declarava passar, assim, as demissões foram imotivadas.

Às fls. 32/33 a medida liminar foi indeferida.

Informações às fls. 39/53.

O Ministério Público Federal, às fls. 61/63, opinou pela concessão da ordem.

Às fls. 65/68 foi prolatada sentença concedendo a segurança para reconhecer o direito ao impetrante ao seguro-desemprego e determinar a liberação mês a mês das parcelas que lhe são devidas.

Inconformada, a União Federal interpôs recurso de apelação, às fls. 74/79, alegando que o seguro-desemprego é benefício para prover a assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa e que, no caso, o impetrante aderiu espontaneamente ao PDV de forma que não faz jus ao referido benefício.

Com as contrarrazões do impetrante, às fls. 85/89, os autos subiram a essa Egrégia Corte (5ª Turma).

O Ilustre representante do Ministério Público Federal exarou parecer, às fls. 131/132, opinando pelo provimento do recurso de apelação da União reformando-se a r. sentença.

À fl. 134, a Excelentíssima Desembargadora Federal Ramza Tartuce declinou da competência e determinou a redistribuição do processo.

Os autos foram redistribuídos à Terceira Turma.

À fl. 140, o Excelentíssimo Desembargador Federal Nery Júnior determinou a redistribuição dos autos a uma das Turmas que integram a Terceira Seção.

Os autos foram redistribuídos à 10ª Turma.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

DECIDO.

Inicialmente, aceito à conclusão eis que o Órgão Especial dessa Corte Regional firmou entendimento no sentido de que é da competência da Terceira Seção o julgamento das ações relativas a seguro-desemprego, em julgamento de conflito de competência que recebeu a seguinte ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SEGURO-DESEMPREGO. NATUREZA JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA SEÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

- Hipótese de conflito de competência suscitado em autos de agravo de instrumento interposto contra decisão pela qual em autos de mandado de segurança foi indeferido pedido de liminar versando matéria de benefício de seguro-desemprego. Benefício que possui natureza previdenciária. Inteligência do artigo 201, III da Constituição Federal e legislação infraconstitucional.
- Precedente desta Corte.
- Conflito de competência improcedente. (CC nº 0011860-27.2010.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 26/05/2010, D.E. 08/06/2010).

Passo a análise do mérito.

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, pois as questões discutidas neste feito encontram-se pacificadas pela jurisprudência, sendo possível antever sua conclusão, se submetidas à apreciação do Colegiado, com base em julgamentos proferidos em casos análogos.

Reexame necessário, tido por interposto, nos termos do § 1º, do art. 14 da Lei nº 12.016/2009.

Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, o mandado de segurança exige, para a sua concessão, que o direito tutelado seja líquido e certo, vale dizer, apresente-se “manifesto na sua existência, delimitado em sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.

Isto porque o rito especialíssimo do mandado de segurança não comporta dilação probatória, devendo todos os elementos de prova acompanhar a petição inicial. Se depender de comprovação posterior, não será considerado líquido e certo para fins de mandado de segurança.

In casu, verifico que o impetrante prestou serviços à empresa CTERP - Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto S/A, no período de 11/11/1991 a 01/03/2000, conforme cópia de sua CTPS (fl. 16) e, objetiva na presente ação mandamental a declaração do seu direito ao benefício do seguro-desemprego negado pela Autoridade Coatora, sob a alegação de teria aderido ao PDV.

O seguro desemprego é direito social do trabalhador previsto nos artigos 7º, inciso II, e 239, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei nº 7.998 de 11.01.90, que dispõe em seus artigos 2º, incisos I e II e 6º, a sua finalidade, bem como o prazo para requerimento, *verbis*.

Artigo 2º:

I - prover assistência temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo.

II - auxiliar os trabalhadores na busca ou preservação do emprego, promovendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.

Artigo 6º

O seguro-desemprego é direito pessoal e intransferível do trabalhador, podendo ser requerido a partir do sétimo dia subsequente à rescisão do contrato de trabalho.

Não desconhece esta Relatora que doutrina e jurisprudência divergem quanto à concessão do benefício de seguro-desemprego ao trabalhador que aderir ao PDV, porém, majoritariamente entende-se que o trabalhador que adere ao Plano de Desemprego Voluntário ofertado pela empresa não faz jus ao seguro-desemprego previsto no artigo 7º, inciso II, da Constituição da República, por faltar-lhe um dos pressupostos indispensáveis à concessão do benefício, qual seja, o desemprego involuntário, posto que houve expressa manifestação de vontade.

Todavia, da análise dos documentos acostados aos autos depreende-se que o desligamento do impetrante foi imotivado. Isso porque, o documento de fls. 23/24 noticia que a CETERP em razão do processo de privatização foi sucedida pela Telesp (Telefônica), de forma que houve a necessidade de reorganização administrativa originando um processo de desligamento dos empregados. Foi acordado entre a CETERP e o SINTETEL - Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadoras de Mesas Telefônicas no Estado de São Paulo que os empregados dispensados receberiam um valor superior àquele legalmente estabelecido em dispensas imotivadas. Também foi pactuado que, no período de 15/02/2000 a 22/02/2000, os empregados interessados na rescisão contratual com pagamento superior ao montante legal, inscrever-se-iam no Plano de Desligamento Voluntário - PDV.

Consta, ainda, que as dispensas decorrentes da reestruturação organizacional foram *imotivadas*, assim, além da verba acordada com o SINTETEL, os empregados receberam todos os valores inerentes à dispensa sem justa causa.

Vale dizer, o acordo coletivo pactuado entre a empresa e o ex-empregado estabeleceu o pagamento de gratificações e benefícios a todos os empregados demitidos sem justa causa, independentemente de adesão ou manifestação volitiva do empregado, o que caracteriza típica demissão involuntária do empregado, razão pela qual é devido o seguro-desemprego.

Nestes termos, seguem julgados desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO LEGAL. CONCESSÃO DE SEGURODESEMPREGO. AGRAVO IMPROVIDO.

- Recurso interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557 do CPC.
- A parte autora tem direito à percepção do seguro-desemprego, vez que fora caracterizada nos autos a situação de desemprego involuntário. A alegação de que houve acordo entre a empresa e o sindicato da categoria não caracteriza ter sido a demissão por meio de PDV, porque a impetrante não aderiu voluntariamente à dispensa, que lhe foi imposta.
- O caso dos autos não é de retratação. A agravante aduz quanto à inocorrência de dispensa involuntária, uma vez que o impetrante aderiu ao plano de incentivo ao desligamento. Decisão objurgada mantida.
- Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente, resta superada, frente à apresentação do recurso em mesa para julgamento colegiado.
- Agravo legal não provido.

(REOMS 307323, Rel. Des. Federal Vera Jucovsky, Oitava Turma, j. 15.10.2012, DJF3 26.10.2012)

AGRAVO LEGAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO DESEMPREGO. PDV. DEMISSÃO INVOLUNTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. BENE-

FÍCIO DEVIDO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. No agravo do art. 557, § 1º, do CPC, 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 agravada.

II. O acordo coletivo pactuado entre a empresa e o ex-empregado estabeleceu o pagamento de gratificações e benefícios a todos os empregados demitidos sem justa causa, independentemente de adesão ou manifestação do empregado, o que caracteriza típica demissão involuntária.

III. Requisitos legais para a concessão do seguro desemprego preenchidos.

IV. Agravo improvido.

(AMS 335351, Rel. Des. Federal Marisa Santos, Nona Turma, j. 16.07.2012, DJF3 26.07.2012)

Em decorrência, faz jus o impetrante ao benefício do seguro-desemprego.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **NEGO PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO, TIDO POR INTERPOSTO, E A APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL**, na forma da fundamentação.

Sem condenação em honorários advocatícios, incabíveis na via eleita.

Transitado em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2014.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0047658-30.2007.4.03.9999

(2007.03.99.047658-7)

Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 166/169
Interessados: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E ROSALINA SAMPATO MARTELO (incapaz)
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PEREIRA BARRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: ApelReex 1254961
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2014

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA TURMA. ARTIGO 16, I, *b*, DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRF. OMISSÃO. CARACTERIZAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

- São de competência das Turmas julgadoras os embargos declaratórios opostos contra seus acórdãos.

- Os incisos I e II, do artigo 535 do Código de Processo Civil dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. Destarte, impõe-se o acolhimento do recurso em face da omissão verificada.

- A incapacidade da parte autora restou demonstrada por meio do laudo médico-pericial, que assegura que padece de “transtornos mentais devido à lesão e disfunção cerebral - retardo mental e epilepsia”. Merece relevo a cópia da certidão de interdição civil da parte autora (fl. 19).

- Há elementos o bastante para se afirmar que se trata de família que vive em estado de miserabilidade. Não há recursos obtidos para cobrir os gastos ordinários, bem como tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são (à autora) imprescindíveis.

- Atribuído o efeito modificativo aos aclaratórios, dando-se provimento ao recurso de apelação da parte autora, para reformar a r. sentença de Primeiro Grau.

- Embargos de declaração acolhidos.

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 para, imprimindo-lhes caráter infringente, reformar a decisão de fls. 166/169, dando provimento à apelação da parte autora, para julgar procedente o pedido e condenar o INSS ao pagamento do benefício assistencial*, tudo conforme acima explicitado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de julho de 2014.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Tratam-se de embargos de declaração (fls. 188/193) opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão (fls. 180/185) desta Oitava Turma que, por maioria, nos termos do voto do Relator, *negou provimento ao agravo legal* ofertado pelo órgão ministerial em face de decisão monocrática (fls. 166/169) que, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *negou seguimento ao recurso de apelação da parte autora*, mantendo a r. sentença (fls. 130/132) que julgara *improcedente* pedido de restabelecimento/concessão de “benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência”.

Sustenta o órgão Ministerial a existência de *omissão* no julgado, no tocante à aplicação analógica do art. 34 da Lei nº 10.471/03, à medida que o benefício percebido pela genitora deveria ser excluído do cômputo da renda total, para fins de apuração da renda familiar da parte autora.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

São de competência das Turmas julgadoras os embargos declaratórios opostos contra seus acórdãos, à luz do artigo 16, I, *b*, do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Quanto aos embargos declaratórios opostos, os incisos I e II, do artigo 535, do Código de Processo Civil, dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão; em face da ausência de quaisquer das circunstâncias supramencionadas, seria de se impor a rejeição do recurso.

Tenho para mim que assiste razão ao *Parquet*.

Aduz a parte embargante que o acórdão é *omisso* quanto à análise da condição, real, de miserabilidade da parte autora, considerada a aplicação analógica do artigo 34 da Lei nº 10.471/03; transcrevo, pois, o teor do acórdão:

Trata-se de agravo legal interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática que, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, *negou seguimento à apelação*, interposta contra sentença que julgou *improcedente* o pedido deduzido nos autos da ação de conhecimento que tem por objeto a condenação do INSS a conceder o benefício previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

Nas razões recursais, requer a parte agravante a reforma da decisão, sustentando estar presente o requisito legal de miserabilidade. Alega, ainda, a aplicabilidade do artigo 34 da Lei nº 10.741/03.

É o relatório.

A r. decisão agravada foi proferida pelo E. Desembargador Federal Newton De Lucca, cujo teor transcrevo:

“Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando a concessão do benefício previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988, sob o fundamento de ser pessoa portadora de deficiência e não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Foram deferidos à parte autora (fls. 34) os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando a ora apelante ao pagamento das custas e despesas processuais e da verba honorária arbitrada em R\$ 200,00, ‘ficando, porém, a sua exigibilidade suspensa por tratar-se de beneficiária da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50’ (fls. 132).

Inconformada, apelou a parte autora (fls. 145/154), sustentando o preenchimento dos requisitos legais e pleiteando a reforma da R. sentença.

Com contra-razões, subiram os autos a esta E. Corte.

A fls. 161/164, o D. Representante do *Parquet* Federal Dr. Ademar Viana Filho opinou pelo parcial provimento do recurso.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o breve relatório.

Dispõe o art. 203, inc. V, da Constituição Federal, *in verbis*:

‘Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da 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.’ (grifos meus)

Para regulamentar o dispositivo constitucional retro transcrito, foi editada a Lei nº 8.742 de 7/12/1993 que, em seu art. 20, dispôs:

‘Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. (...)’

Cumprе ressaltar, ainda, que em 08/12/95 sobreveio o Decreto nº 1.744 regulamentando a Lei da Assistência Social supra mencionada.

Da leitura dos dispositivos legais, depreende-se que o benefício previsto no art. 203, inc. V, da CF é devido à pessoa portadora de deficiência ou considerada idosa e, em ambas as hipóteses, que não possua meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Com relação ao requisito etário, observo que a idade de 70 (setenta) anos prevista no *caput* do art. 20, da Lei nº 8.742/93, foi reduzida para 67 (sessenta e sete), conforme a Lei nº 9.720/98 e, posteriormente, para 65 (sessenta e cinco), nos termos do art. 34 da Lei nº 10.741/2003.

In casu, a alegada incapacidade da demandante - com 42 anos à época do exame - restou caracterizada pela perícia médica, conforme parecer técnico elaborado pelo Perito (fls. 112/114). Afirma o esculápio encarregado do exame que a autora é portadora de ‘transtornos mentais devido a lesão e disfunção cerebral e a doença física CID F06 - retardo mental CID F79 - e

epilepsia CID G40' (fls. 113). Concluiu que a autora possui incapacidade total e permanente para o trabalho.

Relativamente ao segundo requisito, qual seja, a comprovação de a parte autora não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em sessão de 27/8/1998, julgou improcedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, considerando constitucional o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, *in verbis*:

‘CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.’

(STF-ADIN nº 1.232-1/DF, Pleno, Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim, j. 27/8/98, DJ de 1º/6/01)

No entanto, o C. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que a renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo deve ser objetivamente considerada para a comprovação da insuficiência de meios para prover a subsistência do necessitado não impedindo, todavia, que o magistrado utilize, no caso concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da família do requerente.

Nesse sentido, transcrevo o julgamento proferido no Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.112.557-MG (2009/0040999-9), bem como os seguintes precedentes pretorianos, de caráter verdadeiramente histórico para a jurisprudência pátria:

‘RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.’

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa deli-

mitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar. 7. Recurso Especial provido.’

(STJ, REsp. nº 1.112.557/MG, 3ª Seção, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/10/09, v.u., DJ 20/11/09, grifos meus)

‘PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL VITALÍCIA - CF, ART. 203, V. LEI 8.742/93. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. RENDA FAMILIAR INFERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

1. Órgão responsável pela execução e manutenção dos benefícios de prestação continuada, é o INSS parte legítima para figurar no pólo passivo de ação buscando o recebimento de Renda Mensal Vitalícia.

2. A Lei 8.742/93, Art. 20, § 3º, quis apenas definir que a renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência do idoso ou portador de deficiência; tal regra não afasta, no caso em concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado.

3. Recurso não conhecido.’

(STJ, REsp. nº 222.778/SP, 5ª Turma, Relator Min. Edson Vidigal, j. 4/11/99, v.u., DJ 29/11/99, grifos meus)

‘AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. COMPROVAÇÃO DE RENDA *PER CAPITA* NÃO SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA.

1. 1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas. (REsp 464.774/SC, da minha Relatoria, *in* DJ 4/8/2003).

2. Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula do STJ, Enunciado nº 83).

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o enunciado nº 83 de sua Súmula não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea “a”.

4. Agravo regimental improvido.’

(STJ, AGA. nº 507.707/SP, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 9/12/03, v.u., DJ 2/2/04)

Outrossim, o E. Ministro da nossa mais alta Corte de Justiça, Ricardo Lewandowsky, ao apreciar a Reclamação nº 4.729/MS, assim se pronunciou: ‘Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Subseção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul, comarca de Ponta Porã/MS, (fls. 83-91), que determinou o restabelecimento de concessão de benefício assistencial (Lei nº 8.742/93, art. 20) em favor de Pablo Patrick de Souza Mongez (Proc. nº 2005.60.05.001736-3).

A Autarquia Federal reclamante sustenta que a concessão do benefício teria ofendido a autoridade do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232/DF, Rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, pois a autoridade ora reclamada “no julgamento da lide (...) houve por bem determinar a concessão de benefício assistencial ao autor, dando-lhe interpretação conforme à Constituição, expressamente vedado por este Areópago” (fls. 03).

Reconheço, desde logo, a legitimidade da utilização do instrumento da reclamação por parte do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos da decisão plenária na questão de

ordem suscitada nos autos da Rcl 1.880-AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

Passo a decidir.

Por primeiro, verifico que o ora interessado sofre de “paralisia cerebral, prejuízo nas funções vegetativas, alteração no sistema sensorio motor oral e retardo no desenvolvimento psicomotor”, consoante laudo de fl. 36 emitido pela Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Ponta Porã/MS. A unidade familiar compõe-se de sua mãe e duas irmãs menores (fl. 87). Cumpre ressaltar, portanto, que o benefício assistencial em questão tem caráter alimentar. Por outro lado, as informações constantes dos autos apontam a existência de uma renda familiar de apenas R\$ 536,60 (quinhentos e trinta e seis reais e sessenta centavos), “não tendo dados sobre a natureza do trabalho exercido, se (...) temporário ou por prazo indeterminado” (fl. 80), e despesas comprovadas de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitados, esses gastos, ao mínimo, o que resulta em condições de vida bastante modestas (fl. 80).

Tendo em consideração essas circunstâncias, bem como os graves riscos à subsistência do interessado, decorrentes da eventual supressão do benefício, indefiro o pedido de medida liminar formulado pela autarquia federal, por entender que, no caso, o *periculum in mora* milita em favor do interessado. Ouça-se a douta Procuradoria Geral da República. Publique-se. Brasília, 25 de outubro de 2006.’ (DJU de 1º/11/06, grifos meus)

Esse foi o superior entendimento que, afastando-se sabiamente do critério puramente objetivo constante da norma, foi sufragado no voto condutor, o qual venho adotando, igualmente, no âmbito da Turma.

No entanto, no presente caso, não ficou comprovado que a parte autora não possui condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Observo que o estudo social acostado a fls. 107, realizado em 6/3/07, demonstra que a autora reside com sua mãe, com idade avançada, pensionista, cujo salário é de R\$ 350,00, com um irmão, seu curador, diarista, a cunhada, do lar, e um sobrinho, menor de idade. ‘Moram em terra própria, em uma casa de madeira, com 05 (cinco) cômodos, mas não têm renda, devido ao pequeno pedaço de chão. A requerente é totalmente dependente, até mesmo para comer, pois é portadora de uma deficiência mental grave, e fica sob cuidados da cunhada, pois a mãe não tem condições nenhuma de cuidar da filha’ (fls. 107). Relata que seu irmão ‘trabalha como diarista em serviços gerais não tendo renda fixa’ (fls. 107) e o ‘sobrinho menor de idade que estuda Técnico em Agrícola na cidade de Andradina com auxílio financeiro da Prefeitura Municipal’ (fls. 107). Como bem asseverado pelo MM. Juiz *a quo*, na sentença proferida em 21/8/07, ‘o Curador da autora, sua mãe e o filho do Curador possuem renda definitiva ou temporária, a qual dividida pelo número de moradores do imóvel familiar resulta em renda per capita superior ao limite legal. Não há outro indicativo de pobreza a superar o requisito faltante. Não há prova de que os medicamentos utilizados no tratamento da autora onerem a família e não são fornecidos pelo poder público. Assim, a situação de miserabilidade não está comprovada, embora se trate de família de baixa renda’ (fls. 131).

Dessa forma, não ficou comprovada a alegada miserabilidade da parte autora.

Ante o exposto, e com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação. Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de Origem. Int.”

Com efeito, 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. A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante. Estando devidamente fundamentada, não padece de nenhum vício formal que justifique sua reforma.

Ante o exposto, mantendo as razões da decisão supra, NEGOU PROVIMENTO ao agravo legal. É como VOTO.

Senão vejamos.

A parte autora ajuizou a presente demanda em 02/08/2006, objetivando o restabelecimento/concessão de benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Carta Magna (portador de deficiência), outrora lhe deferido sob NB 87/104.826.997-0, segundo a autora, indevidamente cessado.

Foram acostados documentos (fls. 13/31 e 46/76).

Justiça gratuita concedida (fl. 34).

Laudo sócio-econômico (fl. 107).

Relatório de perícia médica (fls. 112/114).

Depoimentos colhidos em audiência (fls. 133/139).

A r. sentença prolatada em 21/08/2007 julgou *improcedente* o pedido, condenando a parte autora nos ônus da sucumbência, devendo ser observada, *in casu*, a letra da Lei nº 1.060/50 (fls. 130/132).

Apelação ofertada pela parte autora (fls. 145/154), pela reforma integral da sentença.

Contrarrazões recursais em fls. 156/157.

Ascenderam os autos a esta Corte, sobreindo parecer da Procuradoria Regional da República, pela procedência da demanda (fls. 161/164).

Após o julgamento monocrático (fls. 166/169), o MPF protocolizou agravo legal (fls. 173/178), cujo provimento foi negado, por maioria (fls. 180/185).

Pois bem.

O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no artigo 203, V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte:

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

(...)

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 subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De outro giro, os artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, e o art. 34, da Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 reza, *in verbis*:

Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda “per capita” seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1(um) salário-mínimo, nos termos da Lei da Assistência Social - Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

O apontado dispositivo legal, aplicável ao idoso, procedeu a uma forma de limitação do mandamento constitucional, eis que conceituou como pessoa necessitada, apenas, aquela cuja família tenha renda inferior à $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo, levando em consideração, para tal desiderato, cada um dos elementos participantes do núcleo familiar, exceto aquele que já recebe o benefício de prestação continuada, de acordo com o parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 10.741/2003.

De mais a mais, a interpretação deste dispositivo legal na jurisprudência tem sido extensiva, admitindo-se que a percepção de benefício assistencial, ou mesmo *previdenciário* com renda mensal equivalente ao salário mínimo, seja desconsiderada para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93.

Ressalte-se, por oportuno, que os diplomas legais acima citados foram regulamentados pelo Decreto 6.214/07, o qual em nada alterou a interpretação das referidas normas, merecendo destacamento o art. 4º, inc. VI e o art. 19, *caput* e parágrafo único do referido decreto, *in verbis*:

Art. 4º Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos, auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios da previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

Art 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da mencionada Lei nº 8.742/93 foi arguida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi julgada improcedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação nº 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO. ART. 203. CF.

- A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1232.

- Reclamação procedente.

Evidencia-se que o critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS é o único apto a caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova incontestada de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensável elementos probatórios outros.

Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a 1/4 do salário mínimo.

Não se desconhece notícia constante do Portal do Supremo Tribunal Federal, de que aquela Corte, em recente deliberação, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais em voga (Plenário, na Reclamação 4374, e Recursos Extraordinários - REs 567985 e 580963, estes com repercussão geral, em 17 e 18 de abril de 2013, reconhecendo-se superado o decidido na ADI 1.232-DF), do que não mais se poderá aplicar o critério de renda *per capita* de ¼ do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade.

Em outras palavras: deverá sobrevir análise da situação de hipossuficiência porventura existente, consoante a renda informada, caso a caso.

Na hipótese enfocada: a incapacidade da parte autora restou demonstrada por meio do laudo médico-pericial, que assegura que padece de “transtornos mentais devido à lesão e disfunção cerebral - retardo mental e epilepsia”. Merece relevo a cópia da certidão de interdição civil da parte autora (fl. 19).

Já a investigação social elaborada revela que a parte autora reside com sua mãe - de idade avançada, viúva - além de um irmão maior, que também é seu (da autora) curador, a cunhada e um sobrinho em idade estudantil.

A moradia foi classificada como própria, uma casa de madeira de 05 cômodos - “pequeno pedaço de chão”.

A renda familiar seria proveniente do benefício concedido à genitora, vale dizer, pensão por morte no valor de R\$ 350,00 àquela época da perícia, esclarecendo que o rendimento percebido pelo irmão, como “diarista rural”, seria de ordem variável, não tendo sido apontado valor qualquer de referência; cabe, aqui, salientar, que a pesquisa ao banco de dados previdenciário (CNIS/Plenus) não revelara nenhum registro empregatício em nome deste último.

Sendo assim, há elementos o bastante para se afirmar que se trata de família que vive em estado de miserabilidade. Não há recursos obtidos para cobrir os gastos ordinários, bem como tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são (à autora) imprescindíveis.

E nessas condições, não é possível à parte autora ter vida digna ou, consoante assevera a Constituição Federal, permitir-lhe a necessária dignidade da pessoa humana ou o respeito à cidadania, que são, às expensas, tidos por princípios fundamentais do almejado Estado Democrático de Direito.

Portanto, positivados os requisitos legais, é de se concluir que a parte autora tem direito ao amparo assistencial.

E não se olvide a exigência contida no art. 21 da Lei nº 8.742/93, que impõe a *revisão, a cada dois anos*, das condições ensejadoras da concessão do Amparo, o que permitirá, caso adquirida/readquirida a capacidade laboral e/ou a autossuficiência econômica, a cassação do benefício.

O valor do benefício é de 01 (um) salário mínimo, nos termos do artigo 20, *caput*, da Lei 8.742/93.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da cessação indevida levada a efeito pelo INSS.

Quanto à *verba honorária*, fixo-a em 10% (dez por cento), considerados a natureza, o valor e as exigências da causa, conforme art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Com relação aos *correção monetária e juros de mora*, determino a observância dos critérios contemplados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, de acordo com a Resolução nº 267/2013, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal.

Relativamente às *custas processuais*, é imperioso sublinhar que o art. 8º da Lei nº 8.620, de 05.01.93, preceitua o seguinte:

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou oponente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quanto à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens. § 1º O INSS é isento do pagamento de custas, traslados, preparos, certidões, registros, averbações e quaisquer outros emolumentos, nas causas em que seja interessado nas condições de autor, réu, assistente ou oponente, inclusive nas ações de natureza trabalhista, acidentária e de benefícios. (...).

Apesar do STJ entender que o INSS goza de isenção no recolhimento de custas processuais, perante a Justiça Federal, nos moldes do dispositivo legal supramencionado, a Colenda 5ª Turma deste Egrégio Tribunal tem decidido que, não obstante a isenção da autarquia federal, consoante o art. 9º, I, da Lei 6032/74 e art. 8º, § 1º, da Lei 8620/93, se ocorreu o prévio recolhimento das custas processuais pela parte contrária, o reembolso é devido, a teor do art. 14, § 4º, da Lei 9.289/96, salvo se esta estiver amparada pela gratuidade da Justiça.

De consequente, em sendo a parte autora beneficiária da justiça gratuita, deixo de condenar o INSS ao reembolso das custas processuais, porque nenhuma verba a esse título foi paga pela parte, e a autarquia federal é isenta e nada há a restituir.

Quanto às *despesas processuais*, são elas devidas, à observância do disposto no artigo 11 da Lei nº 1060/50, combinado com o artigo 27 do Código de Processo Civil. Porém, a se considerar a hipossuficiência da parte autora e os benefícios que lhe assistem, em razão da assistência judiciária gratuita, a ausência do efetivo desembolso desonera a condenação da autarquia federal à respectiva restituição.

Isso posto, com fundamento no art. 557, *caput* e/ou §1º-A, do CPC, DOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para, imprimindo-lhes caráter infringente, reformar a decisão de fls. 166/169, DANDO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA, para julgar procedente o pedido e condenar o INSS ao pagamento do benefício assistencial, devido desde a cessação administrativa, no valor de um salário mínimo. Honorários advocatícios, custas, despesas processuais, correção monetária e juros de mora, tudo conforme acima explicitado.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora ROSALINA SAMPATO MARTELO, representada nestes autos por MANOEL DA SILVA MARTELO NETO (curador definitivo), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja reimplantado o benefício de “Amparo social à pessoa portadora de deficiência”, sob NB 87/104.826.997-0, nos moldes supra expostos. As prestações adimplidas por força da tutela antecipada serão compensadas em liquidação de sentença.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0013665-59.2008.4.03.9999
(2008.03.99.013665-3)

Apelante: JOÃO AVELINO DE SOUZA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PEREIRA BARRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: AC 1292431
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. ATIVIDADE ESPECIAL. SERVIÇOS GERAIS EM HOSPITAL. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. REQUISITOS NÃO IMPLEMENTADOS ANTES DA EC Nº 20/98. PEDÁGIO NÃO CUMPRIDO.

- O artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, dispõe sobre a obrigatoriedade de início de prova documental para a comprovação de tempo de serviço, para fins previdenciários, sendo insuficiente a produção de prova exclusivamente testemunhal, a qual, por si só, não é válida à demonstração do desempenho do trabalho tido como realizado.

- A lei previdenciária, ao exigir início razoável de prova material, não viola a legislação processual em vigor, pois o artigo 400 do Código de Processo Civil preceitua ser sempre válida a prova testemunhal, desde que a lei não disponha de forma diversa. Assim, havendo em lei especial disposição expressa acerca da exigência de documentação para comprovar tempo de serviço, incabível seu reconhecimento baseado tão somente nos depoimentos prestados por testemunhas.

- Insatisfeita, à toda evidência, a necessidade de comprovação do desempenho da função para fins de averbação na totalidade de tempo de serviço na condição de rural, reconhece-se como trabalhado, pois, nesse sentido, apenas o período devidamente corroborado pela prova testemunhal, correspondente, *in casu*, ao período de 01.01.1971 a 31.12.1971, já que a vagueza dos relatos não permite avançar o reconhecimento para além do indicativo material consubstanciado na qualificação como lavrador constante dos autos.

- A atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.

- Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.

- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95, bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.

- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei.

- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.
- A partir de 01.01.2004, o PPP constitui-se no único documento exigido para fins de comprovação da exposição a agentes nocivos, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial.
- O PPP que contemple períodos laborados até 31.12.2003 mostra-se idôneo à comprovação da atividade insalubre, dispensando-se a apresentação dos documentos outrora exigidos.
- Atividades especiais comprovadas por meio de PPP, formulários e laudos técnicos que atestam a exposição a nível de ruído superior a 90 decibéis, consoante Decretos nº 53.381/64 e 83.080/79.
- Tanto o PPP quanto o laudo apresentados, nos moldes em que foram produzidos, não se prestam a comprovar a insalubridade do trabalho realizado pelo demandante.
- As atividades exercidas não são especificamente relacionadas à faina hospitalar, razão pela qual é inviável o reconhecimento postulado.
- Somado o período de atividade rural sem registro ora reconhecido, de *01.01.1971 a 31.12.1971*, aos demais períodos de atividade comum, laborados pelo autor até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98, tem-se o total de 22 anos, 10 meses e 19 dias.
- Possuindo menos de 30 anos de tempo de serviço até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98, necessária a submissão à regra de transição, a qual impõe limite de idade e o cumprimento de pedágio exigido em seu artigo 9º, inciso I e § 1º.
- Dada a sucumbência recíproca, cada parte pagará os honorários advocatícios de seus respectivos patronos e dividirá as custas processuais, respeitada a gratuidade conferida à autora e a isenção de que é beneficiário o réu.
- Apelação parcialmente provida para reconhecer o exercício de atividade rural no período de *01.01.71 a 31.12.1971*, observando-se o parágrafo 2º, do artigo 55 c.c. artigo 39, incisos I e II, da Lei nº 8.213/91, deixando de conceder o benefício o vindicado. Fixada a sucumbência recíproca.

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

São Paulo, 14 de julho de 2014.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Ação proposta por João Avelino de Souza, em 16.11.2006, objetivando o reconhecimento do exercício de atividade rural, sem registro em CTPS, e de atividades laborativas sob condições especiais, com a concessão de aposentadoria especial ou integral por tempo de serviço.

Sentença de improcedência condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 400,00, ressalvando a concessão do benefício da justiça gratuita. Custas *ex lege*.

O autor apelou, pleiteando a integral reforma da sentença.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

O autor pleiteia o reconhecimento do exercício de atividade rural, sem registro em CTPS. Sem precisar o período que pretende ver reconhecido, assim descreve sua atividade rural: “trabalhou para o Massada ainda solteiro 02 anos, trabalhou como rurícola na Ponte Pênsil, 06 anos, e trabalhou na fazenda 2 de abril, para o Sr. Sebastião, 04 anos, na lavoura e mais dois anos para o Sr. Jovanino” e também, de atividade laborativa sob condições especiais, na Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto, desde 07.09.1977, fazendo limpeza e manutenção da parte elétrica.

COMPROVAÇÃO DO TEMPO RURAL

O artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, dispõe sobre a obrigatoriedade de início de prova documental para a comprovação de tempo de serviço, para fins previdenciários, sendo insuficiente a produção de prova exclusivamente testemunhal, a qual, por si só, não é válida à demonstração do desempenho do trabalho tido como realizado.

A lei previdenciária, ao exigir início razoável de prova material, não viola a legislação processual em vigor, pois o artigo 400 do Código de Processo Civil preceitua ser sempre válida a prova testemunhal, desde que a lei não disponha de forma diversa. Assim, havendo em lei especial disposição expressa acerca da exigência de documentação para comprovar tempo de serviço, incabível seu reconhecimento baseado tão somente nos depoimentos prestados por testemunhas.

Especificamente a respeito do reconhecimento da atividade de natureza rural, a orientação de há muito conferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da imprestabilidade da prova exclusivamente testemunhal (Súmula 149) apresenta-se preservada em decisões recentes, consoante se observa da ementa do acórdão tirado do julgamento do REsp 1.133.863/RN, sob a sistemática do artigo 543-C do diploma processual (3ª Seção, rel. Desembargador Convocado do TJ/SP Celso Limongi, DJe de 15.4.2011), reafirmando-se as premissas em questão, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO.

1. *Prevalece o entendimento de que a prova exclusivamente testemunhal não basta, para o fim de obtenção de benefício previdenciário, à comprovação do trabalho rural, devendo ser acompanhada, necessariamente, de um início razoável de prova material (art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e Súmula 149 deste Superior Tribunal de Justiça).*
2. Diante disso, embora reconhecida a impossibilidade de legitimar, o tempo de serviço com fundamento, apenas, em prova testemunhal, tese firmada no julgamento deste repetitivo, tal solução não se aplica ao caso específico dos autos, onde há início de prova material (carteira de trabalho com registro do período em que o segurado era menor de idade) a justificar o tempo admitido na origem.
3. Recurso especial ao qual se nega provimento.

Objetivando comprovar suas alegações de exercício de atividade rural, sem registro em CTPS, o autor juntou:

- cópia do Certificado de Dispensa de Incorporação, informando a dispensa do serviço militar inicial em 31/12/1967, que não exhibe sua qualificação profissional;
- Certidão de casamento, celebrado em 05/06/1971, na qual é qualificado como lavrador (fl. 11/12).

O certificado de dispensa de incorporação não pode ser considerado como início de prova material, uma vez que não identifica a qualificação profissional do autor.

A certidão de casamento é documento público e goza de presunção de veracidade até prova em contrário e é apta a comprovar a atividade rural.

Nesse sentido, segue jurisprudência:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ARTS. 52 E 53 DA LEI Nº 8.213/91. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

(omissis)

2. A súmula nº 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça censura o reconhecimento do tempo de serviço com base em prova exclusivamente testemunhal, mas não se esta for respaldada por início de prova material. Espera-se do juiz, diferentemente do que sucede com o subalterno agente público, que aprecie todo o conjunto probatório dos autos para formar sua convicção, dominada pelo princípio da livre persuasão racional. O rol de documentos indicados na legislação previdenciária não equivale ao sistema da prova tarifada ou legal, sistema que baniria a atividade intelectual do órgão jurisdicional no campo probatório.

3. Documentos como a certidão de casamento, o certificado de reservista e o título eleitoral, que indicam a ocupação laborativa da parte, formam início de prova material a ser completado por prova testemunhal.

4. O art. 365, III, do Código de Processo Civil dispõe que reproduções de documentos públicos fazem a mesma prova que os originais, desde que autenticadas. Mas na demanda previdenciária não é necessário que os fatos subjacentes sejam provados por documento público, que não é da substância ou solenidade dos eventos que interessam ser comprovados. Essa espécie de demanda não se subtrai ao alcance do art. 332 do mesmo Código.

(omissis)

12. Remessa oficial e apelo autárquico providos. Sentença reformada. Pedido inicial julgado improcedente.

(TRF 3ª Região; AC 641675; Relator: André Nekatschalow; 9ª Turma; DJU: 21.08.2003, p. 293)

Nesse ínterim, em que pese a documentação *supra*, amalhada pelo autor com o objetivo específico de atender à exigência, segundo as balizas estabelecidas pelos dispositivos que regem

a matéria na Lei 8.213/91 e em parâmetros consolidados na jurisprudência, de necessidade de apresentação de indicativo material razoável do trabalho campesino, a limitação da força probante dos depoimentos tomados em audiência impõe o reconhecimento da procedência apenas parcial do pleito originalmente formulado.

Isso porque, apesar de a prova testemunhal (fl. 79/80) referir a existência de atividade rural, para a comprovação de toda a atividade apontada na inicial a partir do documento trazido, de forma a atestar o reconhecimento do tempo de serviço nos termos em que pretendido, não tem toda a serventia reclamada, esbarrando na deficiência dos relatos colhidos pelo juízo *a quo*, os quais, na hipótese dos autos, de maneira demasiadamente vaga, informam acerca do labor rural desenvolvido pelo autor.

Insatisfeita, à toda evidência, a necessidade de comprovação do desempenho da função para fins de averbação na totalidade de tempo de serviço na condição de rurícola, reconhece-se como trabalhado, pois, nesse sentido, apenas o período devidamente corroborado pela prova testemunhal, correspondente, *in casu*, ao período de 01.01.1971 a 31.12.1971, já que a vagueza dos relatos não permite avançar o reconhecimento para além do indicativo material consubstanciado na qualificação como lavrador constante dos autos.

Por fim, com relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias dos períodos não registrados, mister a observância do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que preceitua: “O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o regulamento”.

Desse dispositivo legal, depreende-se que a atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.

A partir do advento da Lei 8.213/91, cabe ao segurado especial o recolhimento de contribuições previdenciárias facultativas, se pretender o cômputo do tempo de serviço rural para fins de obtenção de outros benefícios que não os arrolados no inciso I do artigo 39.

Nesse sentido, inclusive, a Súmula nº 272 do Superior Tribunal de Justiça, que expressamente determina que o segurado especial somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço se recolher as contribuições facultativas.

Dessa forma, o reconhecimento de período posterior, sem contribuições previdenciárias facultativas, servirá somente para futura concessão de aposentadoria por idade ou por invalidez, auxílio-doença, auxílio-reclusão ou pensão, ficando vedado o aproveitamento do referido período para os demais fins previdenciários.

APOSENTADORIA ESPECIAL

Exigia-se para a concessão de aposentadoria especial, desde a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, o trabalho do segurado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos. Ato do Chefe do Poder Executivo trataria de explicitar quais os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

A Lei nº 8.213/91, em seus artigos 57 e 58, conservou o arquétipo legislativo originário, dispondo que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei própria.

O campo de aplicação dos agentes nocivos associava-se ao serviço prestado, chegando-se à atividade profissional e final classificação em serviço penoso, insalubre ou perigoso. O rol de

agentes nocivos era exaustivo, mas exemplificativas as atividades listadas sujeitas à exposição pelo segurado.

Daí que para a concessão da aposentadoria especial era suficiente que o segurado comprovasse o exercício das funções listadas nos anexos trazidos pela lei. Também, é fato, porque impossível listar todas as atividades profissionais, perícia judicial era admitida para constatar que a atividade profissional do segurado, não inscrita nos anexos, classificava-se em perigosa, insalubre ou penosa. A jurisprudência assim caminhou, culminando com a edição da Súmula 198 do Tribunal Federal de Recursos.

Quiçá diante do aumento da concessão de aposentadorias, facilitado pelo caminho que o legislador, jurisprudência e súmula consagraram para a constatação de que a atividade profissional estava exposta a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, veio a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995. E alterou o modelo.

De ver que a redação original do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 dispunha que “A aposentadoria especial será devida... conforme a atividade profissional”; a Lei nº 9.032/95, por sua vez, estatuiu que “A aposentadoria especial será devida... conforme dispuser a lei”.

Os parágrafos 3º e 4º do referido artigo rematam a ideia:

3º A concessão da aposentadoria especial *dependerá de comprovação pelo segurado*, perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

4º O segurado *deverá comprovar*, além do tempo de trabalho, *exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física*, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

A dizer que o simples enquadramento da atividade profissional, conforme o disposto nos anexos do decreto regulamentador - isto é, a concessão da aposentadoria especial com base na presunção de que certa categoria estaria sujeita a certo e correspondente agente nocivo - não mais era bastante. O segurado deveria comprovar, realmente, que estava exposto a agentes insalubres, penosos ou perigosos. E tal comprovação foi organizada pelo INSS por meio de formulário próprio, o SB 40.

Eficácia plena as alterações impostas pela Lei nº 9.032/95 somente alcançaram com o advento da MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. De modo a sacramentar a necessidade de efetiva exposição a agentes nocivos, prova a ser feita por meio de formulário e laudo.

A redação do artigo 58, com os devidos destaques:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

1º A *comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário*, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, *com base em laudo técnico* de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

2º Do *laudo técnico* referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

3º A empresa que não mantiver *laudo técnico atualizado* com referência aos agentes noci-

vos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir *documento de comprovação de efetiva exposição* em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento.

E o Poder Executivo definiu a relação dos agentes nocivos por meio do Decreto nº 2.172/1997.

Do que se extrai o seguinte: funções exercidas até a promulgação da Lei nº 9.032/95, ou seja, até 28 de abril de 1995, suficiente o simples exercício da profissão, fazendo-se o enquadramento conforme o disposto nos anexos dos regulamentos; de 29 de abril até a publicação da Medida Provisória 1.523/96, ou seja, até 13 de outubro de 1996, fazia-se a prova da efetiva exposição por meio de formulário próprio; de 14 de outubro em diante necessários o formulário e correspondente laudo técnico. Síntese que leva em conta o período em que foram exercidas as atividades, de forma a que as modificações da legislação valham sempre para frente, pouco importando o requerimento posterior do benefício, cuidando-se de normas reguladoras dos meios de prova do direito previamente adquirido, atinentes, portanto, à forma, não à matéria.

Perfil Profissiográfico Previdenciário

O Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP - foi instituído na legislação pátria pelo Decreto nº 3.048/99, que, em seu artigo 68, com a redação dada pelo Decreto nº 4.032/2001, assim dispôs:

Art. 68. A relação de agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.

(...)

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

§ 6º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico previdenciário, abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento, sob pena da multa prevista no art. 283.

(...)

§ 8º Considera-se perfil profissiográfico previdenciário, para os efeitos do § 6º, o documento histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo Instituto Nacional do Seguro Social, que, entre outras informações, deve conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos.

(...) (g.n.)

A exigibilidade da elaboração do Perfil Profissiográfico Previdenciário foi mantida pela legislação sucedânea e, com o advento do Decreto nº 8.123/2013, referido artigo 68 do Regulamento da Previdência Social restou assim redigido:

Art. 68. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes

prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.

§ 1º As dúvidas sobre o enquadramento dos agentes de que trata o *caput*, para efeito do disposto nesta Subseção, serão resolvidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 2º A avaliação qualitativa de riscos e agentes nocivos será comprovada mediante descrição: (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

I - das circunstâncias de exposição ocupacional a determinado agente nocivo ou associação de agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho durante toda a jornada; (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

II - de todas as fontes e possibilidades de liberação dos agentes mencionados no inciso I; e (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

III - dos meios de contato ou exposição dos trabalhadores, as vias de absorção, a intensidade da exposição, a frequência e a duração do contato. (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 3º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 4º A presença no ambiente de trabalho, com possibilidade de exposição a ser apurada na forma dos §§ 2º e 3º, de agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, listados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será suficiente para a comprovação de efetiva exposição do trabalhador. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 5º No laudo técnico referido no § 3º, deverão constar informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual, e de sua eficácia, e deverá ser elaborado com observância das normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e dos procedimentos estabelecidos pelo INSS. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 6º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita às penalidades previstas na legislação. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 7º O INSS estabelecerá os procedimentos para fins de concessão de aposentadoria especial, podendo, se necessário, confirmar as informações contidas nos documentos mencionados nos § 2º e 3º.

§ 8º A empresa deverá elaborar e manter atualizado o perfil profissiográfico do trabalhador, contemplando as atividades desenvolvidas durante o período laboral, documento que a ele deverá ser fornecido, por cópia autêntica, no prazo de trinta dias da rescisão do seu contrato de trabalho, sob pena de sujeição às sanções previstas na legislação aplicável. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 9º Considera-se perfil profissiográfico, para os efeitos do § 8º, o documento com o histórico-laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 10. O trabalhador ou seu preposto terá acesso às informações prestadas pela empresa sobre o seu perfil profissiográfico, podendo inclusive solicitar a retificação de informações quando em desacordo com a realidade do ambiente de trabalho, conforme orientação estabelecida em ato do Ministro de Estado da Previdência Social. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 11. A cooperativa de trabalho e a empresa contratada para prestar serviços mediante cessão ou empreitada de mão de obra atenderão ao disposto nos §§ 3º, 4º e 5º com base nos laudos técnicos de condições ambientais de trabalho emitidos pela empresa contratante, quando o serviço for prestado em estabelecimento da contratante. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 12. Nas avaliações ambientais deverão ser considerados, além do disposto no Anexo IV, a metodologia e os procedimentos de avaliação estabelecidos pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho - FUNDACENTRO. (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 13. Na hipótese de não terem sido estabelecidos pela FUNDACENTRO a metodologia e procedimentos de avaliação, cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego definir outras instituições que os estabeleçam. (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013) (g.n.)

Assim, o PPP surge como o documento a ser emitido pela empresa, segundo padrão instituído pelo INSS, em que deverão ser lançados, além de informações administrativas, os registros das atividades desempenhadas durante o período laboral nele indicado e os resultados das avaliações relativas ao ambiente de trabalho em que exercidas as funções pelo segurado, sendo obrigatório, para fins de validade, que dele conste a identificação do profissional responsável pela elaboração do laudo técnico de condições ambientais em que se baseia - médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Trata-se de um documento que, elaborado de forma individualizada relativamente ao trabalhador que desempenha seu labor com exposição a agentes nocivos - físicos, químicos ou biológicos - ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, contém elementos outros que não unicamente a análise técnica das condições ambientais em que se dá a prestação de serviços, os quais encontram-se elencados no artigo 148 da Instrução Normativa INSS/DC nº 84, de 17.12.2002, *in verbis*:

Art. 148. A comprovação do exercício de atividade especial será feita pelo PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, emitido pela empresa com base em laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança, conforme Anexo XV - ou alternativamente, até 30 de junho de 2.003, pelo formulário, antigo SB - 40, DISES BE 5235, DSS-8030, DIRBEN 8030.

§ 1º Fica instituído o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, que contemplará, inclusive, informações pertinentes aos formulários em epígrafe, os quais deixarão de ter eficácia a partir de 01 de julho de 2003, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Os formulários em epígrafe emitidos à época em que o segurado exerceu atividade, deverão ser aceitos, exceto no caso de dúvida justificada quanto a sua autenticidade.

§ 3º Para a análise dos documentos são obrigatórias, entre outras, as seguintes informações:

- I - nome da empresa e endereço do local onde foi exercida a atividade;

- II - identificação do trabalhador;

- III - nome da atividade profissional do segurado - contendo descrição minuciosa das tarefas executadas;

- IV - descrição do local onde foi exercida a atividade;

- V - duração da jornada de trabalho;

- VI - período trabalhado;

- VII - informação sobre a existência de agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física a que o segurado ficava exposto durante a jornada de trabalho;

- VIII - ocorrência ou não de exposição a agente nocivo de modo habitual e permanente, não ocasional nem intermitente;

- IX - assinatura e identificação do responsável pelo preenchimento do formulário, podendo ser firmada pelo responsável da empresa ou seu preposto;

- X - CNPJ ou matrícula da empresa e do estabelecimento no INSS;

- XI - esclarecimento sobre alteração de razão social da empresa, no caso de sucessora;

- XII - transcrição integral ou sintética da conclusão do laudo a que se refere o inciso IX do art. 156 desta Instrução, se for o caso.

(...)

O Perfil Profissiográfico Previdenciário difere do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT na medida em que este, nos dizeres de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, em sua obra “Manual de Direito Previdenciário”, 15ª edição, Grupo Editorial Nacional, consiste em um “documento com caráter pericial, de iniciativa da empresa, com a finalidade de propiciar elementos ao INSS para caracterizar ou não a presença dos agentes nocivos à saúde ou à integridade física relacionados no Anexo IV do Decreto nº 3.048/99”, devendo “ser assinado por engenheiro de segurança do trabalho ou por médico do trabalho”.

Distinguem-se no tocante aos requisitos de validade, os quais, no caso do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho, foram, inicialmente, previstos no artigo 155 da Instrução Normativa INSS/DC nº 84, de 17.12.2002, que assim dispunha:

Art. 155. Dos laudos técnicos emitidos a partir de 29 de abril de 1995 deverão constar os seguintes elementos:

I - dados da empresa;

II - setor de trabalho, descrição dos locais e dos serviços realizados em cada setor, com pormenorização do ambiente de trabalho e das funções, passo a passo, desenvolvidas pelo segurado;

III - condições ambientais do local de trabalho;

IV - registro dos agentes nocivos, concentração, intensidade, tempo de exposição e metodologias utilizadas, conforme o caso;

V - em se tratando de agentes químicos, deverá ser informado o nome da substância ativa, não sendo aceitas citações de nomes comerciais, podendo ser anexada a respectiva ficha toxicológica;

VI - duração do trabalho que expôs o trabalhador aos agentes nocivos;

VII - informação sobre a existência e aplicação efetiva de Equipamento de Proteção Individual (EPI), a partir de 14 de dezembro de 1998, ou Equipamento de Proteção Coletiva (EPC), a partir de 14 de outubro de 1996, que neutralizem ou atenuem os efeitos da nocividade dos agentes em relação aos limites de tolerância estabelecidos, devendo constar também:

a) se a utilização do EPC ou do EPI reduzir a nocividade do agente nocivo de modo a atenuar ou a neutralizar seus efeitos em relação aos limites de tolerância legais estabelecidos;

b) as especificações a respeito dos EPC e dos EPI utilizados, listando os Certificados de Aprovação (CA) e, respectivamente, os prazos de validade, a periodicidade das trocas e o controle de fornecimento aos trabalhadores;

c) a Perícia médica poderá exigir a apresentação do monitoramento biológico do segurado quando houver dúvidas quanto a real eficiência da proteção individual do trabalhador;

VIII - métodos, técnica, aparelhagens e equipamentos utilizados para a elaboração do LTCAT;

IX - conclusão do médico do trabalho ou do engenheiro de segurança do trabalho responsável pela elaboração do laudo técnico, devendo conter informação clara e objetiva a respeito dos agentes nocivos, referente à potencialidade de causar prejuízo à saúde ou à integridade física do trabalhador;

X - especificação se o signatário do laudo técnico é ou foi contratado da empresa, à época da confecção do laudo, ou, em caso negativo, se existe documentação formal de sua contratação como profissional autônomo para a subscrição do laudo;

XI - data e local da inspeção técnica da qual resultou o laudo técnico.

Posteriormente, os requisitos de validade do LTCAT passaram a constituir-se naqueles elencados no artigo 247 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010, quais sejam:

Art. 247. Na análise do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT, quando apresentado, deverão ser observados os seguintes aspectos:

I - se individual ou coletivo;

- II - identificação da empresa;
- III - identificação do setor e da função;
- IV - descrição da atividade;
- V - identificação de agente nocivo capaz de causar dano à saúde e integridade física, arrolado na Legislação Previdenciária;
- VI - localização das possíveis fontes geradoras;
- VII - via e periodicidade de exposição ao agente nocivo;
- VIII - metodologia e procedimentos de avaliação do agente nocivo;
- IX - descrição das medidas de controle existentes;
- X - conclusão do LTCAT;
- XI - assinatura do médico do trabalho ou engenheiro de segurança; e
- XII - data da realização da avaliação ambiental.

Parágrafo único. O LTCAT deverá ser assinado por engenheiro de segurança do trabalho, com o respectivo número da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART junto ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA ou por médico do trabalho, indicando os registros profissionais para ambos.

Referido diploma normativo enumerou, ainda, algumas circunstâncias idôneas a ensejar alterações ambientais relevantes à caracterização - ou não - da atividade especial, quais sejam:

Art. 248. São consideradas alterações no ambiente de trabalho ou em sua organização, entre outras, aquelas decorrentes de:

- I - mudança de layout;
- II - substituição de máquinas ou de equipamentos;
- III - adoção ou alteração de tecnologia de proteção coletiva;
- IV - alcance dos níveis de ação estabelecidos no subitem 9.3.6 da NR-09, aprovadas pela Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978, do MTE, se aplicável, e
- V - extinção do pagamento de adicional de insalubridade.

Na coexistência de dois documentos técnicos a contemplar as condições ambientais a que sujeito o trabalhador - Perfil Profissiográfico Previdenciário e/ou o Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho -, acabou-se por delimitar a abrangência de cada um, segundo critérios temporais e conforme os agentes nocivos relativamente aos quais seriam exigidos.

Nesse contexto, restou estabelecido pela Instrução Normativa INSS/DC nº 84, de 17.12.2002, que:

Art. 153. Deverá ser exigida a apresentação do LTCAT para os períodos de atividade exercida sob condições especiais apenas a partir de 29 de abril de 1995, exceto no caso do agente nocivo ruído ou outro não arrolado nos decretos regulamentares, os quais exigem apresentação de laudo para todos os períodos declarados.

Parágrafo único. A exigência da apresentação do LTCAT prevista no *caput* será dispensada a partir de 01/07/2003, data da vigência do PPP, devendo, entretanto, permanecer na empresa a disposição da previdência social.

A Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010, em seu artigo 256, reproduzindo a redação do artigo 161 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 27, de 30.04.2008, estabeleceu, expressamente, o critério temporal a ser observado no tocante à exigência de documentação específica para a comprovação de tempo de serviço exercido em condições especiais, nos seguintes termos:

Art. 256. Para instrução do requerimento da aposentadoria especial, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

I - para períodos laborados até 28 de abril de 1995, véspera da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, será exigido do segurado o formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais e a CP ou a CTPS, bem como, para o agente físico ruído, LTCAT;

II - para períodos laborados entre 29 de abril de 1995, data da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, a 13 de outubro de 1996, véspera da publicação da MP nº 1.523, de 1996, será exigido do segurado formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais, bem como, para o agente físico ruído, LTCAT ou demais demonstrações ambientais;

III - para períodos laborados entre 14 de outubro de 1996, data da publicação da MP nº 1.523, de 1996, a 31 de dezembro de 2003, data estabelecida pelo INSS em conformidade com o determinado pelo § 2º do art. 68 do RPS, será exigido do segurado formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais, bem como LTCAT, qualquer que seja o agente nocivo; e

IV - para períodos laborados a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido por meio da Instrução Normativa INSS/DC nº 99, de 5 de dezembro de 2003, em cumprimento ao § 2º do art. 68 do RPS, o único documento será o PPP.

§ 1º Observados os incisos I a IV do *caput*, e desde que contenham os elementos informativos básicos constitutivos do LTCAT poderão ser aceitos os seguintes documentos:

I - laudos técnico-periciais emitidos por determinação da Justiça do Trabalho, em ações trabalhistas, acordos ou dissídios coletivos;

II - laudos emitidos pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho - FUNDACENTRO;

III - laudos emitidos por órgãos do MTE;

IV - laudos individuais acompanhados de:

a) autorização escrita da empresa para efetuar o levantamento, quando o responsável técnico não for seu empregado;

b) cópia do documento de habilitação profissional do engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, indicando sua especialidade;

c) nome e identificação do acompanhante da empresa, quando o responsável técnico não for seu empregado; e

d) data e local da realização da perícia; e

V - os programas de prevenção de riscos ambientais, de gerenciamento de riscos, de condições e meio ambiente de trabalho na indústria da construção e controle médico de saúde ocupacional, de que trata o § 1º do art. 254.

§ 2º Para o disposto no § 1º deste artigo, não será aceito:

I - laudo elaborado por solicitação do próprio segurado, sem o atendimento das condições previstas no inciso IV do § 1º deste artigo;

II - laudo relativo à atividade diversa, salvo quando efetuada no mesmo setor;

III - laudo relativo a equipamento ou setor similar;

IV - laudo realizado em localidade diversa daquela em que houve o exercício da atividade; e

V - laudo de empresa diversa.

§ 3º A empresa e o segurado deverão apresentar os originais ou cópias autênticas dos documentos previstos nesta Subseção. (g.n.)

Determinou, ainda, a partir de 01.01.2004, a obrigatoriedade de elaboração do Perfil Profissiográfico Previdenciário, pela empresa, para seus empregados, trabalhadores avulsos e cooperados que desempenhem o labor em condições insalubres, prescrevendo que referido documento deveria substituir o formulário até então exigido para a comprovação da efetiva exposição do segurado a agentes nocivos. Nesse particular, confira-se a redação do artigo 272 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010:

Art. 272. A partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido pela Instrução Normativa nº 99, de 2003, a empresa ou equiparada à empresa deverá preencher o formulário PPP, conforme Anexo XV, de forma individualizada para seus empregados, trabalhadores avulsos e cooperados, que laborem expostos a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, ainda que não presentes os requisitos para a concessão desse benefício, seja pela eficácia dos equipamentos de proteção, coletivos ou individuais, seja por não se caracterizar a permanência.

§ 1º O PPP substitui o formulário para comprovação da efetiva exposição dos segurados aos agentes nocivos para fins de requerimento da aposentadoria especial, a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme inciso IV do art. 256.

§ 2º Quando o PPP contemplar períodos laborados até 31 de dezembro de 2003, serão dispensados os demais documentos referidos no art. 256.

§ 3º Quando o enquadramento dos períodos laborados for devido apenas por categoria profissional, na forma do Anexo II do RBPS, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 1979 e a partir do código 2.0.0 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 1964, e não se optando pela apresentação dos formulários previstos para reconhecimento de períodos laborados em condições especiais vigentes à época, o PPP deverá ser emitido, preenchendo-se todos os campos pertinentes, excetuados os referentes à exposição a agentes nocivos.

§ 4º O PPP deverá ser emitido pela empresa empregadora, no caso de empregado; pela cooperativa de trabalho ou de produção, no caso de cooperado filiado; pelo órgão gestor de mão-de-obra ou pelo sindicato da categoria, no caso de trabalhador avulso portuário que exerça suas atividades na área dos portos organizados e pelo sindicato da categoria, no caso de trabalhador avulso portuário que exerça suas atividades na área dos terminais de uso privado e do não portuário. *(Nova redação dada pela IN INSS/PRES Nº 69, DE 09/07/2013)*

§ 5º O sindicato de categoria ou órgão gestor de mão-de-obra estão autorizados a emitir o PPP, bem como o formulário que ele substitui, nos termos do § 1º do art. 272, somente para trabalhadores avulsos a eles vinculados.

§ 6º A empresa ou equiparada à empresa deve elaborar, manter atualizado o PPP para os segurados referidos no *caput*, bem como fornecer a estes, quando da rescisão do contrato de trabalho ou da desfiliação da cooperativa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, conforme o caso, cópia autêntica desse documento.

§ 7º O PPP deverá ser atualizado sempre que houver alteração que implique mudança das informações contidas nas suas seções, com a atualização feita pelo menos uma vez ao ano, quando permanecerem inalteradas suas informações.

§ 8º O PPP deverá ser emitido com base nas demais demonstrações ambientais de que trata o § 1º do art. 254.

§ 9º A exigência do PPP referida no *caput*, em relação aos agentes químicos e ao agente físico ruído, fica condicionada ao alcance dos níveis de ação de que trata o subitem 9.3.6, da NR-09, do MTE, e aos demais agentes, à simples presença no ambiente de trabalho.

§ 10 Após a implantação do PPP em meio magnético pela Previdência Social, este documento será exigido para todos os segurados, independentemente do ramo de atividade da empresa e da exposição a agentes nocivos, e deverá abranger também informações relativas aos fatores de riscos ergonômicos e mecânicos.

§ 11 O PPP será impresso nas seguintes situações:

I - por ocasião da rescisão do contrato de trabalho ou da desfiliação da cooperativa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, em duas vias, com fornecimento de uma das vias para o trabalhador, mediante recibo;

II - sempre que solicitado pelo trabalhador, para fins de requerimento de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais;

III - para fins de análise de benefícios por incapacidade, a partir de 1º de janeiro de 2004, quando solicitado pelo INSS;

IV - para simples conferência por parte do trabalhador, pelo menos uma vez ao ano, quando da avaliação global anual do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, até que seja implantado o PPP em meio magnético pela Previdência Social; e

V - quando solicitado pelas autoridades competentes.

§ 12 O PPP deverá ser assinado por representante legal da empresa, com poderes específicos outorgados por procuração, contendo a indicação dos responsáveis técnicos legalmente habilitados, por período, pelos registros ambientais e resultados de monitoração biológica, observando que esta não necessita, obrigatoriamente, ser juntada ao processo, podendo ser suprida por apresentação de declaração da empresa informando que o responsável pela assinatura do PPP está autorizado a assinar o respectivo documento.

§ 13 A comprovação da entrega do PPP, na rescisão de contrato de trabalho ou da desfiliação da cooperativa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, poderá ser feita no próprio instrumento de rescisão ou de desfiliação, bem como em recibo a parte.

§ 14 O PPP e a comprovação de entrega ao trabalhador, na rescisão de contrato de trabalho ou da desfiliação da cooperativa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, deverão ser mantidos na empresa por vinte anos.

Em conclusão, no que concerne à caracterização da atividade como especial, tem-se que, para funções desempenhadas até 28.04.1995, basta a apresentação de CTPS, para fins de enquadramento da respectiva categoria profissional nos anexos dos regulamentos, ou, alternativamente, de formulário atestando o exercício laboral em condições insalubres. De 29.04.1995 a 13.10.1996, necessária a apresentação de formulário para comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos. De 14.10.1996 a 31.12.2003, indispensável que o formulário (SB 40 ou DSS 8030) venha acompanhado do laudo técnico em que se ampara. Ressalvado, a qualquer tempo, que, em relação ao agente nocivo ruído, sempre se exigiu a apresentação de laudo técnico para demonstração do desempenho do trabalho em condições adversas.

A partir de 01.01.2004, o único documento exigido para fins de comprovação da exposição do segurado a agentes nocivos, inclusive o ruído, será o PPP, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial, conforme se depreende da conjugação dos artigos 256, inciso IV, e 272, parágrafo 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010.

Corroborando tal entendimento, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

(...) a questão remanescente a ser enfrentada diz respeito à possibilidade de o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário - ser suficiente para fazer prova do tempo especial, não se exigindo desta forma, específico laudo técnico.

(...)

De acordo com o § 14 do art. 178 da Instrução Normativa 20 de 11/10/2007, o PPP substitui o formulário para comprovação da efetiva exposição dos segurados aos agentes nocivos para fins de requerimento da aposentadoria especial, a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme determinado pelo § 2º do art. 68 do RPS, alterado pelo Decreto 4.032/2001.

Estabelece, ainda, o § 1º do art. 161 da IN 20/2008 que, se os períodos laborados até 31/12/2003 estiverem contidos no perfil profissiográfico previdenciário, será dispensada a apresentação de outros documentos, como formulários e o laudo técnico de condições ambientais do trabalho.

(...).

(AgRg no AREsp 265201; Relator: Min. Mauro Campbell Marques; DJe 06/11/2013)

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO INSUFICIENTE PARA OBTENÇÃO DA APOSENTADO-

RIA ESPECIAL. RUÍDOS E HIDROCARBONETOS. DECRETOS N° 83080/79, 53.831/64, 2172/97 E 3048/99. INSALUBRIDADE RECONHECIDA. AVERBAÇÃO. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE EPI'S. SÚMULA N° 09-TNU.

(omissis)

6. A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos atualmente é feita através do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP a teor do art. 58 da Lei n° 8.213/91, com redação dada pela Lei n° 9732/98. Este documento é fornecido pela empresa ou por seu preposto e deve estar baseado em laudo técnico de condições ambientais do trabalho emitido pelos profissionais competentes, vindo este novo documento a substituir o SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 e DIRBEN 8030 e o próprio laudo pericial, a partir de 01.01.2004.

7. Há de se salientar que a apresentação do PPP, contemplando os períodos anteriores a 31.12.2003, por força da IN/INSS 27/2008, dispensa a exibição de todos os demais documentos que são exigidos para comprovação dos períodos de trabalho até a referida data em que o segurado se submeteu a condições especiais, ainda que em se tratando do agente físico ruído. Precedentes: (EDAC533811-AL, Rel. Des. Federal Edilson Nobre, Quarta Turma, DJE 17.05.12 e AC547600/CE, Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado), Segunda Turma, DJE 25/10/2012).

(omissis).

(TRF da 5ª Região; AC 520981; Relator: José Maria Lucena; 1ª Turma; v.u.; DJE 22/05/2013; p. 142)

AGRAVO LEGAL. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADES ESPECIAIS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SUCUMBÊNCIA DA PARTE AUTORA. OBSERVÂNCIA DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

(omissis)

- Para a comprovação da atividade insalubre será necessário o laudo técnico a partir de 10.12.1997, com a edição da Lei 9.528, demonstrando efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos mediante formulário estabelecido pelo INSS, com base em laudo técnico do ambiente de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, com exceção ao ruído, pois sempre houve a necessidade da apresentação do referido laudo para caracterizá-lo como agente agressor.

- Registre-se, ainda, que o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador.

(omissis).

(TRF da 3ª Região; APELREEX 1023816; Relator: Fausto de Sanctis; 7ª Turma; v.u.; e-DJF3 Judicial 1 26/03/2013)

Oportuna, ainda, a transcrição do voto proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, em que se expõe, de maneira clara, a questão atinente à possibilidade de substituição do laudo técnico pericial pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário, especificamente em relação ao agente físico ruído:

(...)

Remanesce cristalino, de todo o expendido, que a própria Administração Pública, consubstanciada na autarquia previdenciária, a partir de 2003, por intermédio de seus atos normativos internos, prevê a desnecessidade de apresentação do laudo técnico, para comprovação da exposição a quaisquer agentes agressivos, inclusive o ruído, desde que seja apresentado o PPP, por considerar que o documento sob exame é emitido com base no próprio laudo técnico, cuja realização continua sendo obrigatória, devendo este último ser apresentado tão-somente em

caso de dúvidas a respeito do conteúdo do PPP. Esclareça-se que o entendimento manifestado nos aludidos atos administrativos emitidos pelo próprio INSS não extrapola a disposição legal, que visa a assegurar a indispensabilidade da feitura do laudo técnico, principalmente no caso de exposição ao agente agressivo ruído. Ao contrário, permanece a necessidade de elaboração do laudo técnico, devidamente assinado pelo profissional competente, e com todas as formalidades legais. O que foi explicitado e aclarado pelas referidas Instruções Normativas é que esse laudo não mais se faz obrigatório quando do requerimento do reconhecimento do respectivo período trabalhado como especial, desde que, quando desse requerimento, seja apresentado documento emitido com base no próprio laudo, contendo todas as informações necessárias à configuração da especialidade da atividade. Em caso de dúvidas, remanesce à autarquia a possibilidade de exigir do empregador a apresentação do laudo, que deve permanecer à disposição da fiscalização da previdência social. Parece-me evidente que o louvável intuito do administrador foi justamente desburocratizar o processo de reconhecimento da atividade especial, tornando despicienda a apresentação de dois documentos muito parecidos em seu teor, que atestam a mesma situação de fato: a sujeição do empregado aos agentes agressivos. Não é cabível, nessa linha de raciocínio, exigir-se, dentro da via judicial, mais do que o próprio administrador, sob pretexto de uma pretensa ilegalidade da Instrução Normativa, que, conforme já dito, não extrapolou o ditame legal, apenas o aclarou e explicitou, dando a ele contornos mais precisos, e em plena consonância com o princípio da eficiência, que deve reger todos os atos da Administração Pública. Ademais, utilizando-se de uma interpretação teleológica, pode-se concluir que a finalidade da norma que prescreveu a exigibilidade do laudo técnico, quando se tratar do agente agressivo ruído, restou plenamente atendida pelas instruções normativas mencionadas, visto que o laudo continua sendo obrigatório, considerando a necessidade da aferição técnica da intensidade do ruído, restando sua não apresentação perante a autarquia, na via administrativa, e, por conseguinte, também na via judicial, omissão suprável pela apresentação de outro documento emitido com base no próprio laudo, o PPP.

(...)

(Turma Nacional de Uniformização; PEDILEF 200651630001741; Relator: Otávio Henrique Martins Port; v.u.; DJ 15/09/2009)

Imperioso ressaltar que, no tocante à atividade exercida com exposição a agentes agressivos até 31.12.2003 - anteriormente, portanto, à obrigatoriedade da emissão do Perfil Profissiográfico Previdenciário -, relativamente à qual tenha sido emitido o PPP, possível dispensar-se a apresentação dos documentos outrora exigidos - CTPS, formulário e laudo técnico -, conforme prescrito no parágrafo 2º, do artigo 272, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010, sendo o PPP bastante à comprovação do labor insalubre.

NÍVEL MÍNIMO DE RUÍDO

Quanto ao grau mínimo de ruído para caracterizar a atividade como especial, a evolução legislativa começa com o Decreto nº 53.831/64, que considerou insalubre e nociva à saúde a exposição do trabalhador em locais com ruídos acima de 80 decibéis. O Decreto 83.080/79, por sua vez, aumentou o nível mínimo de ruído, fixando-o para acima de 90 decibéis.

Até que fosse promulgada a lei que dispusesse sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física, trataram os Decretos 357/91 e 611/92 de disciplinar que, para efeito de concessão de aposentadoria especial, fossem considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, e o anexo do Decreto nº 53.831/64.

Vale dizer, diante de clara contradição entre a legislação - o Decreto nº 83.080 fixou o nível mínimo de ruído acima de 80 dB e o Decreto nº 53.831/64 acima de 90 dB -, considerava-se especial a atividade que sujeitasse o trabalhador à ação de mais de 80 decibéis, nos termos

do Decreto nº 53.381/1964. Prevaleceu a solução mais favorável ao trabalhador, dado o fim social do direito previdenciário.

Assim, até a vinda do Decreto 2.172, de 05.03.1997 - que exigiu a exposição permanente a níveis de ruído acima de 90 decibéis - era considerada especial a exposição do trabalhador a mais de 80 dB. Depois, sabe-se, veio o Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, fixando a exposição a Níveis de Exposição Normalizados (NEN) superiores a 85 decibéis.

Então:

- Até 05.03.1997 era considerada especial a atividade que expunha o trabalhador ao nível de ruído superior a 80 decibéis. Coexistência dos Decretos nº 53.831/64, anexo I, Item 1.1.6 e Decreto nº 83.080, de 24.01.79.

- Após a publicação do Decreto nº 2.172, de 05.03.97, passou-se a exigir exposição a ruído acima de 90 decibéis. Pelo Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, nova alteração impôs oficialmente o limite de 85 decibéis.

(8ª Turma, Apelação Cível nº 1999.61.16.001655-9-SP, rel. Marianina Galante, j. 25.06.2007, DJU 25.07.2007, p. 691)

MEIO DE PROVA

Outro meio de prova não se admite senão o laudo técnico para demonstrar a exposição do trabalhador ao agente nocivo ruído.

USO DO EPI

Questão que surgiu dizia respeito a saber se a utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) descaracterizaria o tempo de serviço especial prestado.

Antes da vigência da Lei nº 9.732/98, o uso do EPI não descaracterizava o enquadramento da atividade sujeita a agentes agressivos à saúde ou à integridade física. Tampouco era obrigatória, para fins de aposentadoria especial, a menção expressa à sua utilização no laudo técnico pericial.

Contudo, em relação às atividades exercidas a partir da data da publicação da Lei nº 9.732/98, é indispensável a elaboração de laudo técnico de que conste “informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo”. Na hipótese de o laudo atestar expressamente a neutralização do agente nocivo, a utilização de EPI afastará o enquadramento do labor desempenhado como especial.

TEMPO ESPECIAL EM COMUM - CONVERSÃO

Com a Lei nº 6.887, de 10.12.1980, permitiu-se a conversão do tempo de serviço especial em comum e vice-versa; também a Lei nº 8.213/91, em sua redação original, por meio do § 3º de seu artigo 57; mais adiante, o acréscimo do parágrafo 5º ao artigo 57, pela Lei nº 9.032, de 18 de abril de 1995, expressamente permitia apenas a conversão do tempo especial em comum, vedando a conversão de tempo comum para especial.

Veio a Medida Provisória 1.663-10, de 28 de maio de 1998, e revogou expressamente o § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, daí que não mais se admitia a conversão de atividade especial para comum. Também assim as Medidas Provisórias 1.663-11 e 1.663-12, mantendo a revogação e nada mais.

Outro rumo deu-se com a edição da Medida Provisória 1.663-13, de 26 de agosto de 1998, que, a par de nela ainda constar a revogação expressa do § 5º do artigo 57 (art. 31), trouxe nova disposição em seu artigo 28, no sentido de que o Poder Executivo estabeleceria critérios

para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998.

Tais critérios surgiram com o Decreto nº 2.782, de 14 de setembro de 1998, que nada mais fez senão permitir que fosse convertido em comum o tempo de trabalho especial exercido até 28 de maio de 1998, porém, desde que o segurado tivesse completado, até aquela data, pelo menos vinte por cento do tempo necessário para a obtenção da aposentadoria especial.

A MP 1.663-14, de 24 de setembro de 1998, manteve a redação do artigo 28, vindo, em 20 de novembro de 1998, a edição da Lei nº 9.711/98, que convalidou os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.663-14, de 24 de setembro de 1998. A Lei nº 9.718 também trouxe o texto do artigo 28, mas não revogou expressamente o parágrafo 5º do artigo 57 da lei nº 8.213/91.

Questão que surgiu, então, dizia respeito à manutenção ou não do parágrafo 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, porquanto não revogado categoricamente. Vale dizer, pretendia-se fazer uso da conversão do tempo especial em comum sem o limite determinado pela legislação, isto é, possível a conversão sem restrições, de modo a que o tempo de trabalho especial exercido após 28 de maio de 1998 também pudesse ser convertido em comum.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a decidir a questão a favor do INSS. A propósito, ementa de acórdão da lavra da Ministra Laurita Vaz:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. LIMITAÇÃO. LEI Nº 9.711/98. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. As duas Turmas que compõem a Terceira Seção têm entendimento consolidado no sentido de que, a possibilidade de conversão do tempo de serviço especial em comum está limitada ao labor exercido até 28 de maio de 1998. Precedentes.

2. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido.

(5ª Turma, AgRg no Recurso Especial nº 756.797-PR, j. 03.04.2007, v.u., DJ 17.09.2007)

Não lograra êxito a tese de que o § 1º do artigo 201 da Constituição da República, com a redação dada pela EC nº 20/98, ao ressaltar a adoção de requisitos e critérios diferenciados para as atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, daria azo para que se entendesse que não somente o trabalho prestado até 28 de maio de 1998 pudesse ser convertido em comum.

Ganhara corpo o entendimento de que o teor do § 1º do artigo 201 não tem o poder de manter vigorante o § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. A Lei nº 9.711/98, quando convalidou a MP 1.663-14, que revogara o § 5º do artigo 57, teria acabado mesmo por revogar a regra que autorizava a conversão do tempo sem limitação temporal; ainda, nítida a oposição entre normas de igual hierarquia, o artigo 28 da Lei nº 9.711/98 e o § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, daí que a norma posterior teria derogado a anterior.

Não obstante, considere outros elementos, sem confrontar o posicionamento firmado pelo Tribunal Superior.

Firmei meu juízo a partir da redação do § 1º do artigo 201: “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”. Mais propriamente pela parte final do dispositivo,

“nos termos definidos em lei complementar”.

A Emenda Constitucional 20/98 dispôs em seu artigo 15: “Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda”.

Há, ao que se vê, manifesta primazia dada pelo legislador constitucional aos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 e abandono da limitação imposta pelo artigo 28 da Lei nº 9.718/98. Sublinhe-se, escolha feita posteriormente à edição da Lei nº 9.711, esta de 20 de novembro de 1998, porquanto a Emenda Constitucional 20 data de 15 de dezembro de 1998.

O que significa que o regramento para a conversão do tempo especial em comum está nos artigos 57 e 58 da Lei de Benefícios, se, até o momento, não houve a edição da necessária lei complementar.

A confirmar que assim deve ser concorrem o Decreto nº 4.827, de 3 de setembro de 2003, e a Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 10 de outubro de 2007.

O artigo 1º do Decreto nº 4.827/2003 deu nova redação ao artigo 70 do Regulamento da Previdência Social. Antes, o *caput* do artigo 70 vedava expressamente a conversão de tempo de atividades sob condições especiais em tempo de atividade comum, com a ressalva do tempo trabalhado até 28 de maio de 1998. Com o Decreto 4.827 o artigo 70 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.

Desaparece a vedação dando margem à conversão do tempo especial em comum, aplicando-se as regras de conversão ao trabalho prestado em qualquer período.

Não é outra a direção dada pela Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 10 de outubro de 2007, ao estabelecer critérios a serem adotados pela área de Benefícios. Seu teor:

Art. 173. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, conforme a legislação vigente à época da prestação do serviço, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, qualquer que seja o período trabalhado, com base no Decreto nº 4.827, de 3 de setembro de 2003, aplicando-se a seguinte tabela de conversão, para efeito de concessão de qualquer benefício:

É de se notar sua necessária correlação com o Decreto 4.827/2003, também no sentido de ajustar-se à conversão sem limitação temporal. Vale destacar as expressões “conforme a legislação vigente à época da prestação do serviço” e “qualquer que seja o período trabalhado”.

Resumindo: possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98, ante o disposto no artigo 15, da EC 20/98, que determinou a adoção da disciplina prevista nos artigos 57 e 58, da Lei nº 8.213/91, até a edição de lei complementar.

Por fim, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia (recurso repetitivo), nos termos do artigo 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil, em 23.03.2011, decidiu a questão.

Assentou, por unanimidade, a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois, a partir da última edição da MP nº 1.663, parcialmente convertida na Lei nº 9.711/98, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido §5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Segue a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C, §1º, DO CPC E RESOLUÇÃO 8/2008- STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA. DESCABIMENTO, COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO PERMANENTE AOS AGENTES AGRESSIVOS. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA Nº 7/STJ.

Para a comprovação da divergência jurisprudencial é essencial a demonstração de identidade das situações fáticas postas nos julgados recorridos e paradigmas.

Segundo asseverado pelo acórdão objurgado, o segurado “estava exposto de modo habitual e permanente, não ocasional, nem intermitente, ao frio e níveis médios de ruído superiores ao limite regulamentar” (e-STJ fl. 254). A modificação dessa conclusão importaria em envolvimento de matéria fática, não condizente com a natureza do recurso especial. Incidência, na espécie, do óbice da Súmula nº 7/STJ.

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS 1998. MP Nº 1663-14, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.711/1998 SEM REVOGAÇÃO DA REGRA DE CONVERSÃO.

Permanece a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividade especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP nº 1663, parcialmente convertida na Lei nº 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido §5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Precedentes do STF e do STJ.

CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. OBSERVÂNCIA DA LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DECRETO Nº 3048/1999, ARTIGO 70, §§ 1º E 2º. FATOR DE CONVERSÃO. EXTENSÃO DA REGRA AO TRABALHO DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA.

A teor do § 1º do art. 70 do Decreto nº 3048/99, a legislação em vigor na ocasião da prestação do serviço regula a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais. Ou seja, observa-se o regramento da época do trabalho para a prova da exposição aos agentes agressivos à saúde; se pelo mero enquadramento da atividade nos anexos dos Regulamentos da Previdência, se mediante as anotações de formulários do INSS ou, ainda, pela existência de laudo assinado por médico do trabalho.

O Decreto nº 4.827/2003, ao incluir o §2º no art. 70 do Decreto nº 3.048/99, estendeu ao trabalho desempenhado em qualquer período a mesma regra de conversão. Assim, no tocante aos efeitos da prestação laboral vinculada ao Sistema Previdenciário, a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento.

A adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático e não de regra previdenciária.

Com a alteração dada pelo Decreto nº 4.827/2003 ao Decreto nº 3.048/1999, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pela regra da tabela definida no artigo 70 (art. 173 da Instrução Normativa nº 20/2007).

Descabe à autarquia utilizar da via judicial para impugnar orientação determinada em seu próprio regulamento, ao qual está vinculada. Nesse compasso, a Terceira Seção desta Corte já decidiu no sentido de dar tratamento isonômico às situações análogas, como na espécie (ErsP n° 412.351/RS).

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.
(REsp n° 1.151.363-MG, Relator Ministro Jorge Mussi, v.u., DJe 05.04.2011). (grifo)

Pacificada, portanto, a matéria.

O CASO

O autor alega o exercício de atividade laborativa sob condições especiais, na Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto, desde 07.09.1977, fazendo limpeza e manutenção da parte elétrica.

A fim de comprovar suas alegações, juntou aos autos:

* Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, emitido pela Santa Casa de Pereira Barreto, descrevendo as funções do autor na manutenção das áreas de construção civil e da parte elétrica, em contato com áreas contaminadas (fl. 18);

* Laudo elaborado por médico do trabalho em 20.11.1999, descrevendo o local e as funções exercidas pelos eletricitistas, encanadores, pedreiros e pintores da Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto (fls. 22/24);

* Formulário de informações sobre atividades exercidas sob condições especiais, referente ao período de 02.09.1977 a 23.04.2003, trabalhado como servidor mensalista, na Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto, realizando atividades relativas à manutenção do prédio e incineração de lixo hospitalar, exposto, de maneira habitual e permanente, a ruído, calor, radiações ionizantes e agentes químicos e biológicos (fl. 33).

Da análise dos documentos apresentados, verifica-se que tanto o PPP quanto o laudo apresentados, nos moldes em que foram produzidos, não se prestam a comprovar a insalubridade do trabalho realizado pelo demandante.

Isso porque o PPP descreve, de maneira genérica, as funções desempenhadas pelo autor, além de não detalhar os supostos agentes agressivos a que estaria exposto.

O laudo, por sua vez, além de trazer informações conflitantes acerca da exposição a ruído (descrita como “ocasional e intermitente” no item C-1, para, logo depois, no item C-4, ser descrita como “habitual e permanente”), e genéricas acerca da exposição a agentes biológicos, consigna expressamente que as atividades exercidas não são especificamente relacionadas à faina hospitalar, razão pela qual é inviável o reconhecimento postulado.

Assim, somado o período de atividade rural, ora reconhecido, de 01.01.1971 a 31.12.1971, aos períodos de atividade comum, o autor, até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional n° 20/98, perfaz o total de 22 anos, 10 meses e 19 dias.

Possuindo menos de 30 anos de tempo de serviço até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n° 20/98, necessária a submissão à regra de transição, a qual impõe limite de idade e o cumprimento de pedágio exigido em seu artigo 9°, inciso I e § 1°.

Isso porque, para os filiados ao Regime Geral da Previdência Social até a sua publicação, referida emenda constitucional estabeleceu requisitos que, se atendidos cumulativamente, possibilitam aposentadoria proporcional aos trinta anos até mesmo quando não atingido o limite de tempo em 15.12.1998, nos seguintes termos:

Art. 9º

I - contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher;

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior

§ 1º O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do *caput*, e observado no disposto no artigo 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) 30 (trinta) anos, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

Considerando-se a continuidade da vida laborativa do autor, não cumpriu, até a data da propositura da ação (16.11.2006) o período adicional, que era de 09 anos, 11 meses e 15 dias (para perfazer o total de 32 anos, 10 meses e 04 dias) não obstante tenha preenchido o requisito da idade de 53 anos.

Na ausência dos requisitos ensejadores da aposentadoria, a denegação do benefício é de rigor.

Em vista da sucumbência recíproca (artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil), cada parte terá o ônus de pagar os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, bem assim dividir as custas processuais, respeitada a gratuidade conferida à autora e a isenção de que é beneficiário o réu.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação para reconhecer o exercício de atividade rural no período de 01.01.1971 a 31.12.1971, observando-se o parágrafo 2º, do artigo 55 c.c. artigo 39, incisos I e II, da Lei nº 8.213/91, deixando de conceder o benefício vindicado. Fixada a sucumbência recíproca.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0005616-92.2009.4.03.9999

(2009.03.99.005616-9)

Agravante: WESLEY LUAN DE CARVALHO (incapaz)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 104/112

Apelantes: WESLEY LUAN DE CARVALHO (incapaz) E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE JABOTICABAL - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AC 1399269

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/06/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO NA DATA DA PRISÃO. PERÍODO DE GRAÇA. VERIFICAÇÃO DO ÚLTIMO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. BAIXA RENDA NÃO CARACTERIZADA.

1. O auxílio-reclusão é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado nos termos do artigo 80 da Lei nº 8.213/1991.
2. A renda a ser aferida é a do detento e não a de seus dependentes. (RE 587365, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 08/05/2009).
3. Mesmo que o segurado se encontre desempregado, em período de graça, deverá ser considerado como parâmetro para a concessão ou não do auxílio-reclusão o seu último salário-de-contribuição. Caso este seja maior que o valor estabelecido pela Portaria, o segurado desempregado NÃO fará jus ao benefício (inteligência do art. 334, §2º, inc. II, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45 de 06 de agosto de 2010).
4. Baixa renda do segurado não comprovada. O Ministério da Previdência Social, por meio de portarias, reajusta o teto máximo para a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado, nos termos da portaria MPAS nº 6211/2000.
5. A interpretação acerca do preenchimento dos requisitos para a concessão de auxílio-reclusão deve ser restritiva, considerando que este benefício se traduz em proteção social gerada pela prática de ato ilícito doloso ou culposo. No caso em questão, fez-se uma interpretação à luz de princípios de *status* constitucional que orientam as regras da Seguridade Social, tais como o da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços (inteligência do art. 194, III, da CF), chegando-se à conclusão de que o objetivo da lei não é amparar a família de preso cuja última remuneração extrapolou o limite de baixa renda, a despeito deste se encontrar desempregado na data da prisão.
6. Agravo Legal 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 maioria, negar provimento ao

Agravo Legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de junho de 2014.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo (fls. 115/121), previsto no artigo 557, §1º, do CPC, interposto por WESLEY LUAN DE CARVALHO (representado por sua genitora) em face da decisão monocrática (fls. 104/112) que deu provimento à Apelação do INSS e julgou prejudicada a Apelação do autor, a fim de negar o benefício de auxílio-reclusão ao autor.

Alega-se, em síntese, que a decisão monocrática ora agravada “mostra-se omissa em não analisar o pleito nos termos do §1º do artigo 116 do Decreto 3.048/99, que permite a concessão do benefício aos dependentes do segurado desempregado” (fl. 116). Afirma-se que, na data da prisão, o segurado estava desempregado, de modo que seus dependentes fariam sim jus ao benefício de auxílio-reclusão, independentemente de a última remuneração do segurado ter superado o limite de “baixa renda”.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática (fls. 104/112), cujos principais trechos, por oportuno, passo a destacar:

Disciplina o artigo 80 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991:

“Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário”.

Os dependentes, para fins de concessão de benefícios previdenciários, são aqueles elencados no artigo 16 da Lei nº 8.213/1991, *in verbis*:

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido” [...] (grifei)

Compulsando os autos verifico constar cópia dos seguintes documentos, juntados pela parte autora, quando da propositura da ação, visando comprovar o alegado:

1) Certidão de nascimento do autor e RG de sua representante (genitora) às fl. 10 e 13;

2) Atestado de permanência carcerária (fl. 12);

3) CNIS do recluso (fls. 50/51).

Portanto, o infante possui a qualidade de dependente do segurado recluso comprovada por intermédio da cópia de sua certidão de nascimento de fl. 13.

Cumpra observar que, após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, o auxílio-reclusão passou a ser devido unicamente aos segurados de baixa renda (artigo 201, IV, da CF), estabelecendo o artigo 13 da EC referida que, enquanto não houvesse legislação infraconstitucional que esclarecesse quais são os segurados que se enquadrariam na definição de “baixa renda”, deveriam ser assim considerados aqueles com renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00.

O Decreto nº 3.048/1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, regulamentou o artigo 80 da Lei nº 8.213/1991 da seguinte forma:

“Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.

§ 2º O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente.

§ 3º Aplicam-se ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica.

§ 4º A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, observado, no que couber, o disposto no inciso I do art. 105.

§ 5º O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto.

§ 6º O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto que contribuir na condição de segurado de que trata a alínea “o” do inciso V do art. 9º ou do inciso IX do § 1º do art. 11 não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão pelos seus dependentes.

Art. 117. O auxílio-reclusão será mantido enquanto o segurado permanecer detido ou recluso.

§ 1º O beneficiário deverá apresentar trimestralmente atestado de que o segurado continua detido ou recluso, firmado pela autoridade competente.

§ 2º No caso de fuga, o benefício será suspenso e, se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, desde que esteja ainda mantida a qualidade de segurado.

§ 3º Se houver exercício de atividade dentro do período de fuga, o mesmo será considerado para a verificação da perda ou não da qualidade de segurado.

Art. 118. Falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte.

Parágrafo único. Não havendo concessão de auxílio-reclusão, em razão de salário-de-contribuição superior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), será devida pensão por morte aos dependentes se o óbito do segurado tiver ocorrido dentro do prazo previsto no inciso IV do art. 13.

Art. 119. É vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado”.

Oportuno salientar que a renda bruta mensal máxima a que se referem os dispositivos acima mencionados é a renda do segurado preso, e não a de seus dependentes. Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

(...)

Com relação especificamente ao valor máximo de renda bruta do recluso, cumpre esclarecer que não se manteve congelado desde então. Tem sido, na verdade, atualizado por diversas portarias do Ministério da Previdência e Assistência Social, a saber:

PERÍODO	SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO TOMADO EM SEU VALOR MENSAL
A partir de 1º/01/2013	R\$ 971,78 - Portaria nº 15, de 10/01/2013
A partir de 1º/01/2012	R\$ 915,05 - Portaria nº 02, de 06/01/2012
A partir de 15/07/2011	R\$ 862,60 - Portaria nº 407, de 14/07/2011
A partir de 1º/01/2011	R\$ 862,11 - Portaria nº 568, de 31/12/2010
A partir de 1º/01/2010	R\$ 810,18 - Portaria nº 333, de 29/06/2010
A partir de 1º/01/2010	R\$ 798,30 - Portaria nº 350, de 30/12/2009
De 1º/2/2009 a 31/12/2009	R\$ 752,12 - Portaria nº 48, de 12/2/2009
De 1º/3/2008 a 31/1/2009	R\$ 710,08 - Portaria nº 77, de 11/3/2008
De 1º/4/2007 a 29/2/2008	R\$ 676,27 - Portaria nº 142, de 11/4/2007
De 1º/4/2006 a 31/3/2007	R\$ 654,61 - Portaria nº 119, de 18/4/2006
De 1º/5/2005 a 31/3/2006	R\$ 623,44 - Portaria nº 822, de 11/5/2005
De 1º/5/2004 a 30/4/2005	R\$ 586,19 - Portaria nº 479, de 7/5/2004
De 1º/6/2003 a 31/4/2004	R\$ 560,81 - Portaria nº 727, de 30/5/2003

Fonte: Ministério da Previdência e Assistência Social: <http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=22> - Acessado em 26.02.2013

Verifica-se, do acima exposto, que o auxílio reclusão é devido a dependentes do segurado recluso, desde que este possua “baixa renda” ao tempo do encarceramento, nos termos acima delineados, ou então esteja desempregado ao tempo da prisão (desde que não tenha perdido a qualidade de segurado, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.213/91).

Faz-se necessário, portanto, que, ao requerer o benefício em questão, seu(s) dependente(s) comprove(m) essa condição (sua dependência econômica em relação ao recluso), bem como que faça(m) prova da prisão e da manutenção do recluso no cárcere. É necessário, *outrossim*, que comprove(m) a condição de segurado do recluso, bem como o fato deste possuir renda igual ou inferior ao previsto nas portarias ministeriais.

Reza o inciso II do artigo 15 da Lei nº 8.213, de 24.07.1991:

“Art. 15 Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

(...)

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;”

Verifica-se que ao tempo do encarceramento - aos 10.10.2007 (fl. 12), o genitor do autor estava em período de graça, conforme se depreende do CNIS do detento (fls. 50/51).

O salário-de-contribuição do recluso, referente ao mês de fevereiro de 2007, foi de R\$ 797,30 (fl. 52), portanto, maior do que o valor estabelecido pela Portaria nº 119, de 18.04.2006, que fixou o teto em R\$ 654,61, para o período.

A respeito da matéria ora em debate, destaco, ainda, os seguintes precedentes:

(...)

Portanto, é de se negar a concessão do benefício previdenciário pleiteado.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa, devendo-se observar o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Nesse sentido, é o julgado da Suprema Corte abaixo transcrito:

(...).

O ora agravante alega que, na data da prisão, o segurado estava desempregado, de modo que faria jus ao benefício de auxílio-reclusão, nos termos do § 1º do artigo 116 do Decreto 3.048/1999, independentemente de a última remuneração do segurado ter superado o limite de “baixa renda”.

Tal alegação não merece prosperar.

A controvérsia travada nos autos diz respeito à melhor interpretação do disposto no § 1º do artigo 116 do Decreto nº 3.048/1999, que regulamenta o art. 80 da Lei nº 8.213/1991 e assim dispõe:

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.

Considero que a exegese de tal dispositivo deve levar em conta os princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, os quais conduzem à interpretação de que o requisito constitucional da “baixa renda” não pode ser ignorado mesmo que, na data do efetivo recolhimento à prisão, não haja qualquer salário de contribuição, devendo-se levar em conta a última remuneração da qual se tiver notícia.

Ora, de acordo com o art. 8º da Lei nº 8.213/1991, o auxílio-reclusão é concedido “nas mesmas condições da pensão por morte”, a qual é calculada com base no valor da remuneração percebida pelo segurado falecido, ainda que ele estivesse desempregado à época do óbito, de modo que, para efeitos de concessão de auxílio-reclusão, a última remuneração do segurado deverá sim ser apurada e considerada, a despeito de, no momento da prisão, ele se encontrar desempregado.

A interpretação acerca do preenchimento dos requisitos para a concessão de auxílio-reclusão deve ser restritiva, considerando que este benefício se traduz em *proteção social gerada pela prática de ato ilícito doloso ou culposo*. Atente-se, inclusive, que, se o segurado já não estava mais trabalhando na data em que foi preso, sua família já se encontrava, em tese, desamparada e, graças à prática de um crime, seria recompensada pelo Estado por meio da concessão de benefício previdenciário. Estaria nas mãos do potencial acusado a decisão de concessão do benefício, agindo, pois, como agente provocador da “contingência” social, algo inusitado em qualquer sistema jurídico.

Como não notar a incoerência de um sistema que, em meio a tantas necessidades de assistência governamental aos menos favorecidos, prioriza prestar assistência à família do autor de um delito e não à vítima e/ou sua família? Por que razão priorizar aqueles diretamente ligados a quem justamente quebrou compromisso de pacto social?

Assim, não levar em consideração qualquer critério de remuneração para a concessão de auxílio-reclusão aos dependentes do preso desempregado é postura que se traduz em estímulo à prática ilícita, uma vez que o segurado contaria com a ajuda do Estado a seus familiares na hipótese de prisão.

Cabe ao preso arcar com o que deve à sociedade e não o contrário, daí porque a interpretação restritiva, em que pese o benefício se voltar aos familiares. Válida, nesse passo, a

menção do que propugna o jurista Sérgio Pinto Martins em sua obra *Direito da Seguridade Social*, referindo-se ao benefício de auxílio-reclusão:

Eis um benefício que deveria ser extinto, pois não é possível que a pessoa fique presa e ainda a sociedade como um todo tenha de pagar um benefício à família do preso, como se este tivesse falecido. De certa forma, o preso é que deveria pagar por estar nessa condição, principalmente por roubo, furto, tráfico, estupro, homicídio, etc.

Na verdade, vem a ser um benefício de contingência provocada, razão pela qual não deveria ser pago, pois o preso dá causa, com seu ato, em estar nessa condição. Logo, não deveria a Previdência Social ter de pagar tal benefício. Lembre-se que, se o acidente do trabalho é provocado pelo trabalhador, este não faz jus ao benefício. O mesmo deveria ocorrer aqui (MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito da Seguridade Social*, 24ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007, Pág. 394).

Além disso, nos termos do artigo 245 da Constituição Federal, *a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito*. Porém, de concreto, o Estado nada fez nesse sentido, privilegiando o pagamento de benefícios diversos, desvirtuando a utilização de seus recursos, que são escassos e limitados, sem qualquer justificativa para esse injustificável desequilíbrio.

Portanto, mesmo que o segurado se encontre desempregado, em período de graça, deverá ser considerado como parâmetro para a concessão ou não do auxílio-reclusão o seu último salário-de-contribuição. Caso este seja maior que o valor estabelecido pela Portaria, o segurado desempregado NÃO fará jus ao benefício.

Inclusive, é isto o que estabelece o art. 334, §2º, inc. II, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45 de 06 de agosto de 2010, *in verbis*:

Art. 334. Quando o efetivo recolhimento à prisão tiver ocorrido a partir de 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o benefício de auxílio-reclusão será devido desde que o último salário-de-contribuição do segurado, tomado no seu valor mensal, seja igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), atualizado por Portaria Ministerial, conforme tabela constante no Anexo XXXI.

(...)

§ 2º Quando não houver salário-de-contribuição na data do efetivo recolhimento à prisão, será devido o auxílio-reclusão, desde que:

(...)

II - o último salário-de-contribuição, tomado em seu valor mensal, na data da cessação das contribuições ou do afastamento do trabalho seja igual ou inferior aos valores fixados por Portaria Ministerial, conforme Anexo XXXII.

Por fim, saliento que não se poderia falar que foi afastada a incidência das normas previstas nos artigos 80 da Lei nº. 8.213/1991 e 116, §1º, do Decreto nº. 3.048/1999, isto é, que teria havido, supostamente, ofensa ao disposto na Súmula Vinculante nº 10, do STF.

O teor da Súmula Vinculante 10 (STF) é:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A esse respeito, consigno que não caracteriza ofensa à reserva de plenário a interpretação dispensada por órgão fracionário de Tribunal a dispositivos de lei que, mediante legítimo processo hermenêutico, têm sua aplicação limitada a determinadas hipóteses.

No caso em questão, fez-se uma interpretação à luz de princípios de *status* constitucional que orientam as regras da Seguridade Social, tais como o da *seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços* (*inteligência do art. 194, III, da CF*), chegando-se à conclusão de que o objetivo da lei não é amparar a família de preso cuja última remuneração extrapolou o limite de baixa renda, a despeito deste se encontrar desempregado na data da prisão.

Portanto, em nenhum momento se declarou a inconstitucionalidade, ou mesmo se afastou a incidência, de quaisquer dos dispositivos supracitados, mas apenas se interpretou que, no caso concreto, os aludidos dispositivos, embora vigentes e válidos, deveriam ter sua aplicação limitada em face do princípio da *seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços* (*inteligência do art. 194, III, da CF*), com o qual convivem harmonicamente no ordenamento jurídico.

Conforme já se expôs, sendo impossível ao Estado resguardar todas as contingências que causam necessidades (princípio da universalidade), ante a insuficiência de recursos financeiros, é papel do aplicador da lei, mediante processo interpretativo, selecionar (princípio da seletividade) as contingências sociais que melhor se adéquam à previsão legal de concessão do auxílio-reclusão, dentre as quais não está a situação em que o segurado, embora desempregado na data da prisão, percebia remuneração superior ao limite estipulado pelo ordenamento como “baixa renda”.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO. ART. 557 DO CPC. PREVIDENCIÁRIO. AUXILIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO. FIXAÇÃO DO PARÂMETRO DE BAIXA RENDA. UTILIZAÇÃO DO ÚLTIMO SALÁRIO INTEGRAL DE CONTRIBUIÇÃO DO SEGURADO, CONSIDERADO O LIMITE EM VIGOR À ÉPOCA DE SEU PAGAMENTO.

I - No agravo previsto no art. 557 do CPC, 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 agravada.

II - O art. 116, § 1º, do Decreto 3.048/99, não tem a extensão que lhe pretendem conceder os agravantes, uma vez que apenas menciona a concessão do auxílio-reclusão, mesmo na hipótese de desemprego do recluso, não se reportando à não observância do critério de baixa renda (considerando-se, portanto, o último salário de contribuição do recluso).

III - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto da decisão, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

IV - Agravos improvidos.

(TRF 3ª Região, Nona Turma, AC 00322768420134039999, Julg. 03.02.2014, Rel. Marisa Santos, e-DJF3 Judicial 1 Data:12.02.2014)

Com tais considerações, NEGOU PROVIMENTO ao Agravo Legal.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**0003658-55.2010.4.03.6113****(2010.61.13.003658-0)**

Apelantes: ANTONIO ALVES DE MACEDO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FRANCA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: ApelReex 1974636

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/08/2014

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação previdenciária para condenar o INSS a conceder ao autor o benefício de aposentadoria especial, reconhecendo como especiais os períodos especificados na tabela de fl. 246vº, com o coeficiente de 100% do salário-de-benefício, a partir de 26.02.2011 (fl. 246). Os valores em atraso deverão ser pagos de uma só vez, devendo a correção monetária incidir nos termos da Resolução 134/2010 do CJF, a qual prevê, inclusive, a aplicação do artigo 1º-F da Lei 9494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, a partir de julho de 2009. Os juros devem incidir a partir da citação, à razão de 0,5% ao mês até 10.01.2003. A partir da vigência do Código Civil de 2002, deverão ser computados em 1% ao mês até 30.06.2009 e, a partir de julho de 2009, serão computados na forma do artigo 1º-F da Lei 9494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. Os honorários advocatícios foram arbitrados em 5% do valor da condenação, considerada esta até a data da sentença. Os honorários periciais foram fixados em R\$ 300,00. Não houve condenação em custas processuais. Foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a implantação do benefício no prazo de 20 dias.

Pugna o autor pela condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios equivalentes a 15% sobre o valor total das prestações devidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ, e pela a fixação dos juros de mora em 1% ao mês, a partir da citação.

O INSS, em suas razões recursais, requer, primeiramente, a concessão do efeito suspensivo ao presente recurso. Alega que não restaram comprovados os requisitos exigidos para o reconhecimento das supostas atividades especiais nos períodos reconhecidos pela sentença, nos termos da legislação vigente. Argumenta que na presente demanda não foram carreados documentos hábeis capazes de comprovar a efetiva exposição às condições insalubres que poderiam caracterizar o direito do autor. Dessa forma, não há direito ao benefício de aposentadoria especial. Subsidiariamente, assevera que cada parte deverá arcar com os honorários de seus respectivos patronos, tendo em vista a sucumbência recíproca.

À fl. 256 foi noticiada a implantação do benefício de aposentadoria especial, em cumprimento à determinação judicial.

Com contrarrazões do autor (fl. 267/269), vieram os autos a esta Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Da antecipação de tutela

Cumpra assinalar que o entendimento de que não é possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, equiparada no presente feito ao órgão previdenciário, está ultrapassado, porquanto a antecipação do provimento não importa em pagamento de parcelas vencidas, o que estaria sujeito ao regime de precatórios. A implantação provisória ou definitiva do benefício, tanto previdenciário como assistencial, não está sujeita à disciplina do artigo 100 da Constituição da República, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade de implantação do benefício perseguido sem o trânsito em julgado da sentença.

Do mérito

Busca o autor, nascido em 22.07.1955, o reconhecimento do exercício de atividade especial como trabalhador em indústria calçadista em diversos períodos, conforme descrito na inicial, a fim de que lhe seja concedido o benefício de aposentadoria especial ou, sucessivamente, aposentadoria por tempo de contribuição.

De início, cumpre distinguir a aposentadoria especial prevista no art. 57, *caput*, da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de serviço, prevista no art. 52 da Lei nº 8.213/91, porquanto a aposentadoria especial pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, e, cumprido esse requisito o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da EC nº 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, assim como não se submete ao fator previdenciário, conforme art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. Diferentemente, na aposentadoria por tempo de serviço há tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de atividade especial sofre a conversão em atividade comum aumentando assim o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da E.C. nº 20/98.

No que tange à atividade especial a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96 o dispositivo legal supra transcrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que, em se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Pode, então, em tese, ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40, DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

Destaco que o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos (TRF 3ª R; AC nº 2000.03.99.031362-0/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow; v.u; J. 19.08.2002; DJU 18.11.2002, pág. 572).

Conforme carteiras de trabalho (fl. 44/65) e CNIS ora anexado, o autor manteve desde 1980 até 2011 diversos vínculos empregatícios, em funções ligadas à indústria calçadista (em-

presas de fabricação de calçados), no município de Franca - São Paulo, notório polo industrial de calçados.

A parte autora apresentou laudo técnico elaborado por engenheiro de segurança do trabalho a pedido do Sindicato dos Empregados nas Indústrias de Calçados de Franca, através de visita em estabelecimentos de porte e ambiente similar (fl. 72/122), não havendo que se desqualificar tal documento, vez que atendeu aos critérios técnicos relativos à perícia ambiental, especialmente por se tratar de funções cuja insalubridade decorre do uso de equipamentos e produtos químicos inerentes a determinado ramo de atividade. Nesse sentido, confira-se julgado que porta a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. EMPRESAS EXTINTA E FALIDA. RUÍDO. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. NULIDADE DO JULGADO, RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. REABERTURA DA INSTRUÇÃO.

1. É admitida a realização de perícia de forma indireta em estabelecimento similar, sobretudo porque a insalubridade, no caso, decorre do uso de equipamentos ruidosos e não do ambiente de trabalho como um todo. (g.n.)

2. É imprescindível o laudo pericial para a verificação do nível do ruído. Diante de sua ausência, mostra-se precipitado o julgamento do processo, devendo ser anulada, de ofício, a sentença e reaberta a instrução processual para sua devida regularização. Prejudicado o apelo e a remessa oficial.

(TRF 4ª R; Questão de Ordem em AC nº 2001.04.01.002631-2/SC; 5ª Turma; Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus; v.u; J.29.11.2005; DJU 29.03.2006, pág. 912).

De outro turno, não afasta a validade de suas conclusões, ter sido o laudo técnico elaborado posteriormente à prestação do serviço, vez que tal requisito não está previsto em lei, mormente que a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desídia daquele e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

No caso dos autos, o laudo técnico acostado à fl. 72/122, atestou que os trabalhadores das Indústrias de Calçados de Franca laboram expostos a agentes químicos tolueno e acetona em níveis elevados.

Ademais, por determinação judicial, houve a elaboração de laudo técnico pericial (fl. 202/221), que comprovou que o autor exerceu suas atividades com exposição a agentes nocivos de modo habitual e permanente.

Assim, devem ser mantidos os termos da sentença, que reconheceu como especiais os períodos de 04.11.1980 a 17.02.1981, 01.03.1982 a 01.01.1986, 02.01.1986 a 01.07.1987, 01.04.1988 a 08.05.1989, 11.09.1989 a 01.03.1990, 02.05.1990 a 13.11.1990, 19.11.1990 a 03.06.1991, 06.06.1991 a 28.02.1991, 26.03.1992 a 20.07.1995, 01.11.1995 a 01.02.2001, 01.11.2002 a 08.09.2004, 09.09.2004 a 14.08.2008 e 11.05.2009 a 26.02.2011, haja vista que houve o labor da parte autora em atividades na indústria de calçados, nos moldes acima expostos.

Somados os períodos ora reconhecidos totalizou o autor 25 anos de atividade exercida exclusivamente sob condições especiais até 26.02.2011, conforme planilha de fl. 246vº, que ora se acolhe.

Destarte, a parte autora faz jus à aposentadoria especial com renda mensal inicial de 100% do salário-de-benefício, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91, sendo este último calculado pela média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes

a oitenta por cento de todo o período contributivo, nos termos do art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

O termo inicial da aposentadoria por tempo de serviço deve ser fixado em 26.02.2011, data em que implementou o requisito necessário à aposentação, nos termos da decisão de fl. 246.

Cumpre, ainda, explicitar os critérios de cálculo de correção monetária e dos juros de mora.

A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 deve ser considerado o INPC como índice de atualização dos débitos previdenciários, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003, c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006, não se aplicando no que tange à correção monetária as disposições da Lei 11.960/09 (AgRg no Resp 1285274/CE - Resp 1270439/PR).

Os juros de mora são aplicados na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Ante a mínima sucumbência da parte autora, arbitro os honorários advocatícios em 15% do valor das prestações vencidas até a data em que foi proferida a r. sentença recorrida, nos termos da Súmula 111 do E. Superior Tribunal de Justiça, em sua nova redação, e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, *rejeito a preliminar e, no mérito, nego seguimento à remessa oficial e à apelação do INSS e dou provimento à apelação da parte autora* para arbitrar os honorários advocatícios em 15% do valor das prestações vencidas até a data em que foi proferida a r. sentença recorrida e para que as verbas acessórias sejam calculadas na forma acima explicitada. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença, compensados os valores pagos a título de tutela antecipada.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de julho de 2014.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0003672-51.2010.4.03.6109

(2010.61.09.003672-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 71/73

Interessado: FILIPE LEANDRO PEREIRA DE OLEVARIO

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: AMS 333170

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2014

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-C, §7º, INCISO II, DO CPC. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE TUTELA JUDICIAL. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. AGRAVO PROVIDO. REMESSA DOS AUTOS À VICE-PRESIDÊNCIA.

1. O incidente de retratação foi encaminhado pela e. Vice-Presidente da Corte, nos termos do Art. 543-C, § 7º, II, do CPC.

2. O C. STJ pacificou a questão no sentido de que não há que se restabelecer a 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. Precedente do C. STJ.

3. Os valores recebidos por força da tutela deferida no bojo dos presentes autos não se sujeitam à restituição, pois possuem natureza claramente alimentar, tendo como destinação o atendimento de necessidades básicas da parte autora. Ademais, a percepção do benefício decorreu de decisão judicial, ainda que sem o trânsito em julgado, não se vislumbrando, *in casu*, 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.

4. Não fazendo jus a parte autora à prorrogação do benefício de pensão por morte, é de se manter a r. sentença que denegou a segurança.

5. Agravo provido. Remessa dos autos à Vice-Presidente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de processo devolvido pela E. Vice-Presidência desta Corte para, eventual juízo de retratação, nos termos do Art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, em autos de mandado de segurança, impetrado contra ato do Sr. Chefe da Agência do INSS da cidade de Santa Bárbara do Oeste/SP, com o objetivo de restabelecer o benefício previdenciário de pensão por morte, com o pagamento das parcelas em atraso, na qualidade de filho universitário.

Regularmente processado o feito, o MM. Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos (fls. 44/46).

Em apelação, a parte autora pleiteou a reforma integral da sentença, sustentando que a jurisprudência dos Tribunais pacificou o entendimento de que o benefício de pensão por morte deve ser mantido aos filhos universitários ou até os 24 anos (fls. 49/59).

Com contrarrazões (fls. 62/64) subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do apelo do autor (fls. 67/69).

Em decisão monocrática, com fulcro no Art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, deu-se parcial provimento à apelação interposta, consignando que “é de rigor o restabelecimento do benefício de pensão por morte, a partir da data da suspensão até a data em que concluir o curso universitário ou completar 24 (vinte e quatro) anos” (fls. 71/73).

Inconformada com a decisão, a autarquia previdenciária interpôs agravo legal, sustentando a violação ao disposto nos Arts. 16, I e 77, § 2º, II, da Lei 8.213/91, porquanto não há previsão legal que autorize o pagamento do benefício de pensão por morte a filho não inválido com idade superior a 21 (vinte e um) anos, ainda que estudante universitário ou hipossuficiente (fls. 78/84).

Ao apreciar o referido recurso, a 10ª Turma deste E. Tribunal negou-lhe provimento, conforme v. acórdão de fls. 89/92 vº.

Foi interposto recurso especial (fls. 94/124) e extraordinário (fls. 125/131) pelo INSS, sob o fundamento de que a pensão por morte é devida apenas ao menor de 21 (vinte e um) anos.

O incidente de retratação foi encaminhado pela e Vice-Presidente da Corte, nos termos do Art. 543-C, § 7º, II, do CPC (fls. 141/142).

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Tanto o recurso especial do INSS quanto o incidente de retratação restringem-se à questão de restabelecimento da pensão por morte a maior de 21 anos e não inválido.

O C. STJ pacificou a questão no sentido de que não há que se restabelecer a 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, conforme julgado abaixo transcrito:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL A QUO. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida “de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante” (REsp 1.124.595/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).

2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

4. Não há falar 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. Precedentes.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(STJ, REsp 1369832/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/08/2013)

De outra parte, cabe ressaltar que os valores recebidos por força da tutela deferida no bojo dos presentes autos (fls. 71/73) não se sujeitam à restituição, pois possuem natureza claramente alimentar, tendo como destinação o atendimento de necessidades básicas da parte autora. Ademais, a percepção do benefício decorreu de decisão judicial, ainda que sem o trânsito em julgado, não se vislumbrando, *in casu*, 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.

Destarte, não fazendo jus a parte autora à prorrogação do benefício de pensão por morte, é de se manter a r. sentença.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo legal e, por conseguinte, negar seguimento à apelação da parte autora, mantendo-se a r. sentença que denegou a segurança, com o retorno dos autos à Vice-Presidência, diante da pendência de recurso extraordinário e em razão do sobrestamento do feito determinado às fls. 138.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0018596-37.2010.4.03.9999

(2010.03.99.018596-8)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 159/161

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: IRENE SOUTO, VITOR SOUTO FERNANDES E ARTHUR SOUTO FERNANDES

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITABERA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: AC 1513282

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2014

EMENTA

AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. NÃO OCORRÊNCIA. MOLÉSTIA INCAPACITANTE. REQUISITOS PREENCHIDOS. AGRAVO IMPROVIDO

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial desta E. Corte, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. Denota-se dos autos que a doença incapacitante do falecido foi a razão pela qual foi cessada suas atividades laborativas em 2005 e, conseqüentemente, o levou a óbito, conforme consta da certidão de óbito (fl.11), não havendo, pois que se falar em perda da qualidade de segurado.
3. A jurisprudência é firme no sentido de que não perde a qualidade de segurado, aquele que involuntariamente, em razão de moléstia incapacitante, interrompeu sua atividade laboral e, conseqüentemente, sua contribuição previdenciária.
4. Agravo improvido.

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, 28 de julho de 2014.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face da decisão monocrática proferida às fls. 159/161, que nos termos do art. 557, do CPC, deu parcial provimento à sua apelação.

Em suas razões de inconformismo o agravante alega que o segurado não mais detinha a qualidade de segurado quando do seu falecimento.

O Ministério Público Federal em seu parecer (fls. 143/148) opinou pelo parcial provimento do recurso no tocante ao termo inicial do benefício.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

Inicialmente, há que se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 557 do CPC, vez que inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

No que toca a aplicabilidade do art. 557, transcrevo a jurisprudência adotada pelo C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. A aplicação do artigo 557, do CPC, supõe que o julgador, ao isoladamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado.

2. A *ratio essendi* do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa.

3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508.889/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, DJ 05.06.2006; AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, DJ 24.04.2006 e; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 24.04.2006).

4. *In casu*, o acórdão hostilizado denota a perfeita aplicação do art. 557, do CPC, posto que a prolação de sentença de mérito na ação originária revela a superveniente perda de objeto do recurso utilizado contra o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada *initio litis*. Precedentes: RESP 702.105/SC, DJ de 01.09.2005; AgRg no RESP 526.309/PR, DJ 04.04.2005 e RESP 673.291/CE, DJ 21.03.2005.

5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

6. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 200601194166 - 857173- 1ª TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX - DJE 03/04/2008).

E, ainda:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO.

I - A reforma introduzida pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamento pelas turmas apenas dos recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado. No caso presente, em que se decidiu pela ausência de omissão no acórdão recorrido, não havia a necessidade de a matéria ser apresentada diretamente à Turma, mormente por se tratar de hipótese em que o seguimento do especial foi obstado já no juízo de admissibilidade realizado na corte estadual, e a orientação esposada encontra-se respaldada em jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça.

II - Em casos que tais, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente decorre do princípio da celeridade processual, sem que tal fato importe violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, haja vista que a defesa das partes, se indevida a aplicação do julgamento simplificado, faz-se via agravo regimental.

III - Inviável o especial que deixa de atacar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão assentada no aresto hostilizado (Súmula 283/STF). agravo improvido. (AGA 200601825383 - AgRg AI - 800650 - 3ª TURMA - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ 10/09/2007 - p. 00230).

Quanto à questão principal, em relação à qualidade de segurado, constato pelo extrato do CNIS, acostado à fl. 96, que o último vínculo empregatício do falecido cessou em junho de 2005 e o óbito ocorreu em 03 de maio de 2007.

Dispõe o artigo 15, da Lei nº 8.213/91, quanto à qualidade de segurado:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

A esse respeito, verifico pelos documentos acostados às fls. 22/36 dos autos, que o falecido encontrava-se incapacitado para o trabalho, pois esteve internado sob tratamento médico na Casa de Misericórdia de Itapeva, com diagnóstico de Cirrose hepática, insuficiência hepática e etilismo crônico.

Assim sendo, denota-se dos autos que a doença incapacitante do falecido foi a razão pela qual foi cessada suas atividades laborativas em 2005 e, conseqüentemente, o levou a

óbito, conforme consta da certidão de óbito (fl. 11), não havendo, pois que se falar em perda da qualidade de segurado.

A jurisprudência é firme no sentido de que não perde a qualidade de segurado, aquele que involuntariamente, em razão de moléstia incapacitante, interrompeu sua atividade laboral e, conseqüentemente, sua contribuição previdenciária, o que ocorreu no caso em questão.

Nesse sentido, destaco precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO ANTES DA OCORRÊNCIA DA MOLÉSTIA INCAPACITANTE. BENEFÍCIO INDEVIDO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, após cumprida a carência e conservando a qualidade de segurado, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação em atividade que lhe garanta subsistência.

II - A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que o segurado que deixa de contribuir para a Previdência Social, por estar incapacitado para o labor, não perde a qualidade de segurado.

III - Ocorre que, no caso sub examine, tendo restado consignado ser a incapacidade do autor muito posterior ao fim de seu vínculo previdenciário, o reconhecimento da perda da qualidade de segurado e, conseqüentemente, o indeferimento do pedido de acidentário é medida que se impõe.

IV - A alteração do julgado demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Incidência do óbice na Súmula 7 do STJ.

V - Agravo interno desprovido. (grifei)

(AgRg no REsp 1245217/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA. NÃO-OCORRÊNCIA EM RAZÃO DE MOLÉSTIA INCAPACITANTE DE QUE ACOMETIDA A AUTORA. REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ATESTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE MODO A PERMITIR O PERCEBIMENTO DO BENEFÍCIO. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1- Para efeito de concessão de aposentadoria por invalidez, não há que se falar em perda da qualidade de segurado, tendo em vista que a interrupção no recolhimento das contribuições previdenciárias ter decorrido de circunstâncias alheias à vontade do beneficiário, qual seja, ter sido acometido de moléstia incapacitante.

2- Havendo o Tribunal local decidido pela presença de todos os requisitos necessários à concessão do benefício, com esteio nos elementos de prova contidos nos autos, modificar tal entendimento seria desafiar a Súmula 7/STJ.

3- Agravo regimento desprovido.

(AgRg no Ag 1070071/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008)

Assim, a r. decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**0008224-94.2011.4.03.6183****(2011.61.83.008224-3)**

Agravante: NECLAIR FALCONI

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: NECLAIR FALCONI

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 1738497

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/08/2014

EMENTA

AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. PRAZO DECENAL. IMPROVIMENTO.

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. Quanto ao instituto da decadência, em relação aos benefícios concedidos anteriormente ao advento da Medida Provisória nº 1.523-9/97 (convertida na Lei 9.528/97), a orientação do STJ foi pacificada no sentido de que o prazo decadencial do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo *a quo* a data de início da vigência da referida MP que fixou o aludido prazo decenal (28/06/1997), em consonância com o julgado unânime proferido pela Primeira Seção no REsp nº 1303988/PE, em 14/03/2012.

3. Na sessão realizada no dia 7 de maio de 2014, no Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, *Pedilef* nº 0020377-04.2008.4.03.6301, o colegiado da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) decidiu pronunciar de ofício a decadência do direito de rever o benefício previdenciário pretendido por um segurado. Ou seja, ao verificar que o prazo para solicitar a revisão do benefício terminou, a TNU declarou a perda do direito de pedir do requerente, mesmo se a outra parte (no caso, o INSS) não apresentou tal fato como impeditivo para a revisão.

4. No caso em questão, a data de edição da MP nº 1.523-9/97 (convertida na Lei 9.528/97), foi escolhida como marco inicial de contagem do prazo de 10 anos quando se tratar de benefício concedido antes de 28/06/1997, pois até então, não havia norma regulamentando a decadência desse direito. O relator do caso na TNU, juiz federal Bruno Carrá, destacou, ainda, que a matéria foi submetida à sistemática da repercussão geral, por decisão do STF, nos autos do RE 626.489-SE e citou também que a própria TNU, no julgamento do *Pedilef* nº 200871610029645, já havia estabelecido que: “Para os benefícios concedidos até 27/06/1997, aplica-se o prazo de decadência de dez anos, contado a partir de 27/6/1997”.

5. O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 626489 em 16.10.2013, em regime de repercussão geral, reconheceu o prazo de 10 (dez) anos para revisão de benefício previdenciário concedido anteriormente à MP 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/97.

6. Diante da posição consolidada nas Cortes Superiores, podemos chegar às seguintes conclusões: a) os benefícios concedidos antes de 27 de junho de 1997 estão sujeitos a prazo decadencial de 10 (dez) anos contados da data em que entrou em vigor a norma, fixando o prazo decadencial decenal em 28.06.1997, cujo direito do segurado de pleitear a revisão expirou em 28.06.2007; b) os benefícios concedidos a partir de 28.06.1997 estão sujeitos ao prazo decadencial de 10 (dez) anos, contados do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

7. No caso, visto que o benefício foi concedido em 14.05.1993 (fl. 25) e que a presente ação foi ajuizada em 19.07.2011 (fl. 2), não tendo havido pedido de revisão na esfera administrativa, operou-se, de fato, a decadência de seu direito de pleitear a revisão da renda mensal do benefício de que é titular.

8. Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

9. Agravo legal improvido.

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, 04 de agosto 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 pela parte autora em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC) contrária a seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Em suas razões de inconformismo a agravante pugna pelo afastamento da decadência, posto que os benefícios concedidos antes da MP nº 1.523, de 27.06.1997 não estavam sujeitos à aludida prejudicial, por falta de previsão legal.

Postula seja conhecido e provido o presente agravo para reformar a decisão que lhe negou a revisão do benefício.

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.

Quanto ao instituto da decadência, em relação aos benefícios concedidos anteriormente ao advento da Medida Provisória nº 1.523-9/97 (convertida na Lei 9.528/97), a orientação do STJ foi pacificada no sentido de que o prazo decadencial do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo *a quo* a data de início da vigência da referida MP que fixou o aludido prazo decenal (28/06/1997), em consonância com o julgado unânime proferido pela Primeira Seção no REsp nº 1303988/PE, em 14/03/2012. Confira-se o precedente:

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que ‘É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo’.

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS

(AgRg) 9034, Min. Félix Fischer, DL 28/08/06).

3. Recurso especial provido.”

(STJ, REsp nº 1303988, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE de 21.03.2012)

Nesse sentido é, também, o recente posicionamento da 3ª Seção deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante julgado que transcrevo:

“EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA APOSENTADORIA CONCEDIDA SOB A ÉGIDE DA LEI 8213/91. TETO DE 20 SALÁRIOS MÍNIMOS. LEI 6950/81. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. DECADÊNCIA. CONTAGEM A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO ARTIGO 103 DA LEI 8213/91. REDAÇÃO DA MP 1523-9 DE 26/06/1997 CONVERTIDA NA LEI 9528/97. RECURSO PROVIDO. I - A controvérsia recai sobre o alegado direito adquirido ao recálculo da aposentadoria por tempo de serviço, concedida sob a égide da Lei nº 8.213/91, observando-se o teto de 20 salários mínimos, nos termos da Lei nº 6.950/81, vez que preenchidos os requisitos para a concessão do benefício antes da vigência da Lei nº 7.787/89. II - O benefício de aposentadoria por tempo de serviço da parte autora foi concedido em 30.09.92. III - A instituição do prazo decadencial para o ato de revisão dos critérios constantes do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários foi efetuada pela nona reedição da Medida Provisória nº 1.523, de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que modificou o art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios. IV - Os prazos decadência e prescrição encerram normas de ordem pública, e, como tais, são aplicáveis de forma imediata, alcançando também os benefícios concedidos anteriormente à data de instituição do prazo, com início de sua contagem a partir de sua vigência. V - Aos benefícios concedidos anteriormente à MP 1.523-9/97, é aplicável o prazo decenal de decadência dali pra frente, como aplicável esse mesmo prazo aos benefícios concedidos a partir de sua vigência. Precedentes do STJ. VI - O ajuizamento da ação se deu em 16/12/2009, quando já consumada a decadência do direito à revisão da RMI. VII - Embargos infringentes providos para reconhecer a ocorrência da decadência, julgando extinto o processo, com exame do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.”

(TRF 3ª Região, EI 0017304-53.2009.4.03.6183, Terceira Seção, Rel. Juíza Conv. Raquel Perrini, v. u., j. 09/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 20/05/2013)

Anote-se, ademais, que na sessão realizada no dia 7 de maio de 2014, no Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, Pedilef nº 0020377-04.2008.4.03.6301, o colegiado da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) decidiu pronunciar de ofício a decadência do direito de rever o benefício previdenciário pretendido por um segurado. Ou seja, ao verificar que o prazo para solicitar a revisão do benefício terminou, a TNU declarou a perda do direito de pedir do requerente, mesmo se a outra parte (no caso, o INSS) não apresentou tal fato como impeditivo para a revisão.

No caso em questão, a data de edição da MP nº 1.523-9/97 (convertida na Lei 9.528/97), foi escolhida como marco inicial de contagem do prazo de 10 anos quando se tratar de benefício concedido antes de 28/06/1997, pois até então, não havia norma regulamentando a decadência desse direito. O relator do caso na TNU, juiz federal Bruno Carrá, destacou, ainda, que a matéria foi submetida à sistemática da repercussão geral, por decisão do STF, nos autos do RE 626.489-SE e citou também que a própria TNU, no julgamento do Pedilef nº 200871610029645, já havia estabelecido que: “Para os benefícios concedidos até 27/06/1997, aplica-se o prazo de decadência de dez anos, contado a partir de 27/6/1997”.

No tocante aos benefícios concedidos posteriormente à MP 1.523-9/97, aponta-se o seguinte precedente:

“PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO POSTERIOR AO ART. 103 DA LEI 8.213/1991 (REDAÇÃO DA MP 1.523-9/1997). CONVERSÃO DE ATIVIDADE ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO. - Ao dar nova redação ao art. 103 da Lei 8.213/1991, a MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/1997) inovou ao prever prazo de decadência do direito à revisão de concessão de benefícios previdenciários, de modo que atos de concessão até 27/06/1997 (inclusive) estão sujeitos a prazo decadencial de dez anos

contados da data em que essa MP entrou em vigor (precedentes do E.STJ e desta C.Corte). - Os benefícios posteriores a essa data terão lapso decadencial contabilizado do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou do dia em que tomar conhecimento da decisão desfavorável e definitiva no âmbito administrativo. - No caso dos autos, visto que a parte autora percebe benefício de aposentadoria por tempo de contribuição com DIB em 31/03/2000 (fls. 57/58) e que a presente ação foi ajuizada em 17/02/2012, não tendo havido pedido de revisão na seara administrativa, efetivamente operou-se a decadência de seu direito de pleitear o recálculo da renda mensal do benefício de que é titular. - Note-se que, malgrado a parte autora afirme que a decadência não se poderia operar, na espécie, vez que a especialidade do período não fora pedida à época do requerimento, tenho que não subsiste a alegação. É que, como é consabido, o INSS ao deferir o benefício requerido analisa toda a atividade exercida pelo segurado, fazendo o enquadramento que entender devido. Logo, o caso dos autos não refoge à regra que reclama a incidência do comando, ora em evidência. - Agravo legal improvido.” (TRF 3ª Região, AC nº 00030019020134039999, Sétima Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Carla Rister, e-DJF3 Judicial 1 26/04/2013)

Por fim, o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 626489 em 16.10.2013, em regime de repercussão geral, reconheceu o prazo de 10 (dez) anos para revisão de benefício previdenciário concedido anteriormente à MP 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/97.

Dos julgados acima transcritos, extrai-se a ilação de que a decadência constitui instituto de direito material, de forma que a norma não pode atingir situações constituídas anteriormente à sua vigência.

Assim, diante da posição consolidada nas Cortes Superiores, podemos chegar às seguintes conclusões: a) os benefícios concedidos antes de 27 de junho de 1997 estão sujeitos a prazo decadencial de 10 (dez) anos contados da data em que entrou em vigor a norma, fixando o prazo decadencial decenal em 28.06.1997, cujo direito do segurado de pleitear a revisão expirou em 28.06.2007; b) os benefícios concedidos a partir de 28.06.1997 estão sujeitos ao prazo decadencial de 10 (dez) anos, contados do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

No presente caso, visto que o benefício foi concedido em 14.05.1993 (fl. 25) e que a presente ação foi ajuizada em 19.07.2011 (fl. 2), não tendo havido pedido de revisão na esfera administrativa, operou-se, de fato, a decadência de seu direito de pleitear a revisão da renda mensal do benefício de que é titular.

Ante o exposto, nos termos dos artigos 557 e 269, inciso IV, ambos do CPC, de ofício, julgo extinto o feito com resolução do mérito, restando prejudicada a apelação da parte autora.

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/REEXAME NECESSÁRIO

0009670-48.2011.4.03.6114

(2011.61.14.009670-9)

Agravante: LEIDIVAL BERNARDES DE LIMA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 104/106

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: ApelReex 1950845

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - A parte autora interpõe agravo legal da decisão proferida que nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, deu provimento ao reexame necessário e ao apelo da Autarquia, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Alega que a decisão merece reforma, tendo em vista que restou comprovada a qualidade de dependente em relação aos genitores, fazendo jus a concessão do benefício pleiteado.

II - 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. A Lei nº 9.528 de 10/12/97 introduziu alterações, estabelecendo que o deferimento contar-se-á do óbito, quando o benefício for requerido, até trinta dias desse; do pedido, quando requerido, após esse prazo e da decisão judicial, no caso de morte presumida.

III - 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, revogada pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, ainda contemplava, a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou inválida. Frisa no parágrafo 4º que a “dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e, das demais, deve ser comprovada”.

IV - 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.

V - Constam dos autos: cédula de identidade do autor, nascido em 09.05.1968; impresso de carta de concessão de aposentadoria por invalidez/acidente de trabalho ao autor, com início de vigência a partir de 30.09.2004; declaração de residência emitida em 23.07.2002 pela “Sociedade amigos do Parque Selecta”, atestando que o autor reside na R. Maria Gastaldo Catelam, 105; boletim de ocorrência lavrado em 18.11.1999, referente ao roubo que acabou por causar lesões ao requerente; comunicado de indeferimento de um pedido de pensão por morte formulado pelo autor em 24.08.2011; mandado de averbação de divórcio consensual, requerido pelo autor (Leidival Bernardes de Lima) contra Rosiley dos Santos Lima, homologado por sentença atada de 24.11.2008; cópia

de formulário de conclusão de perícia médica realizada pela Autarquia, concluindo que o autor é portador de incapacidade desde 18.12.1999; histórico de créditos do benefício nº 091432.378-4, de titularidade do pai do autor, entre 10.2006 e 06.2007 (conforme extrato, trata-se de aposentadoria por invalidez/trabalhador rural, recebida desde 01.01.1972); certidão de óbito do pai do autor, ocorrido em 12.01.2009, aos oitenta e cinco anos de idade; extrato do sistema Dataprev indicando que a mãe do autor recebia aposentadoria por idade/rural desde 12.03.1993; certidão de óbito da mãe do autor, ocorrido em 13.08.2011, aos oitenta e três anos de idade.

VI - O INSS trouxe aos autos extratos do sistema *Dataprev*, verificando-se que o autor vem recebendo aposentadoria por invalidez/acidente de trabalho desde 30.09.2004, sendo mr. pag R\$ 753,99, e possuiu vínculos empregatícios de 02.05.1984 a 31.08.1992 e de 03.08.1998 a 01.2000.

VII - Foram ouvidas duas testemunhas.

VIII - Os pais do autor recebiam aposentadoria por idade e aposentadoria por invalidez/trabalhador rural por ocasião do óbito. Assim, não se cogita que não ostentassem a qualidade de segurado.

IX - O autor, por sua vez, comprova ser filho dos falecidos por meio de seus documentos de identificação, sendo que, nesse caso, seria dispensável a prova da dependência econômica, que seria presumida.

X - O autor já ultrapassou a idade limite estabelecida na Lei de Benefícios, de forma que só poderia perceber a pensão por morte do pai se demonstrasse a condição de inválido. E, no caso dos autos, esta condição ficou suficientemente comprovada pela perícia realizada pela própria Autarquia, que apurou que o requerente é portador de incapacidade desde 18.12.1999.

XI - O conjunto probatório indica que o autor manteve vida independente até se tornar inválido. Foi casado até 24.11.2008, nada indicando que após tal data tenha voltado à esfera de dependência dos pais. Além disso, possuía recursos próprios quando trabalhava, e, após, passou a contar com os recursos de aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho, em valor superior ao dos benefícios recebidos pelos pais.

XII - Não há como sustentar que o requerente dependesse dos recursos dos pais para a sobrevivência, pois sempre contou com recursos próprios. Ressalte-se que seus pais eram idosos e recebiam benefícios de valor modesto. Além disso, não há nos autos elementos que indiquem que os pais lhe prestassem efetivo auxílio financeiro.

XIII - Não restou comprovada, portanto, a qualidade de dependente do autor em relação aos pais, por ocasião do óbito.

XIV - Não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, o direito que persegue o autor não merece ser reconhecido.

XV - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

XVI - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação à parte.

XVII - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.
XVIII - 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 agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de julho de 2014.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

A parte autora interpõe agravo legal da decisão proferida a fls. 104/106 que, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, deu provimento ao reexame necessário e ao apelo da Autarquia, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido.

Alega, em síntese, que a decisão merece reforma, tendo em vista que restou comprovada a qualidade de dependente em relação aos genitores, fazendo jus a concessão do benefício pleiteado. Pede seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Não procede a insurgência da parte agravante, porque não preenchidos os requisitos para a concessão da pensão por morte.

Neste caso, o julgado dispôs expressamente:

O pedido inicial é de concessão de pensão por morte, uma vez que o autor, maior inválido, era dependente dos pais, falecidos em 12.01.2009 e 13.08.2011.

A r. sentença de fls. 75/78, proferida em 19.11.2013, julgou procedente o pedido e condenou o réu a conceder ao autor o benefício de pensão pela morte de Antonia de Souza Lima e de João Bernardes de Lima, de forma retroativa à data do requerimento administrativo, formulado em 24.08.2011. Incidirão sobre as parcelas em atraso correção monetária, desde o vencimento de cada uma delas, bem como juros de mora a partir da citação, tudo em conformidade com os itens 4.3.1 e 4.3.2, do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do CJF. Condenou, ainda, o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observado o teor da Súmula nº 111 do STJ. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, apela a Autarquia, sustentando, em síntese, que o falecido já recebe aposentadoria por invalidez, em valor superior ao dos benefícios recebidos pelos pais, sendo a presunção de dependência relativa nesses casos. No mais, requer redução dos honorários advocatícios e alteração dos critérios de incidência dos juros de mora.

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 8.213/91 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 documentos, dentre os quais destaco: cédula de identidade do autor, nascido em 09.05.1968; impresso de carta de concessão de aposentadoria por invalidez/acidente de trabalho ao autor, com início de vigência a partir de 30.09.2004; declaração de residência emitida em 23.07.2002 pela “Sociedade amigos do Parque Selecta”, atestando que o autor reside na R. Maria Gastaldo Catelam, 105; boletim de ocorrência lavrado em 18.11.1999, referente ao roubo que acabou por causar lesões ao requerente; comunicado de indeferimento de um pedido de pensão por morte formulado pelo autor em 24.08.2011; mandado de averbação de divórcio consensual, requerido pelo autor (Leidival Bernardes de Lima) contra Rosiley dos Santos Lima, homologado por sentença atada de 24.11.2008; cópia de formulário de conclusão de perícia médica realizada pela Autarquia, concluindo que o autor é portador de incapacidade desde 18.12.1999; histórico de créditos do

benefício nº 091432.378-4, de titularidade do pai do autor, entre 10.2006 e 06.2007 (conforme extrato de fls. 39, trata-se de aposentadoria por invalidez/trabalhador rural, recebida desde 01.01.1972); certidão de óbito do pai do autor, ocorrido em 12.01.2009, aos oitenta e cinco anos de idade; extrato do sistema *Dataprev* indicando que a mãe do autor recebia aposentadoria por idade/rural desde 12.03.1993; certidão de óbito da mãe do autor, ocorrido em 13.08.2011, aos oitenta e três anos de idade.

O INSS trouxe aos autos extratos do sistema *Dataprev*, verificando-se que o autor vem recebendo aposentadoria por invalidez/acidente de trabalho desde 30.09.2004, sendo mr. pag R\$ 753,99, e possuiu vínculos empregatícios de 02.05.1984 a 31.08.1992 e de 03.08.1998 a 01.2000.

Foram ouvidas duas testemunhas (fls. 71/72).

Os pais do autor recebiam aposentadoria por idade e aposentadoria por invalidez/trabalhador rural por ocasião do óbito. Assim, não se cogita que não ostentassem a qualidade de segurado. O autor, por sua vez, comprova ser filho dos falecidos por meio de seus documentos de identificação, sendo que, nesse caso, seria dispensável a prova da dependência econômica, que seria presumida.

De se observar, entretanto, que o autor já ultrapassou a idade limite estabelecida na Lei de Benefícios, de forma que só poderia perceber a pensão por morte do pai se demonstrasse a condição de inválido. E, no caso dos autos, esta condição ficou suficientemente comprovada pela perícia realizada pela própria Autarquia, que apurou que o requerente é portador de incapacidade desde 18.12.1999.

Entretanto, o conjunto probatório indica que o autor manteve vida independente até se tornar inválido. Foi casado até 24.11.2008, nada indicando que após tal data tenha voltado à esfera de dependência dos pais. Além disso, possuía recursos próprios quando trabalhava, e, após, passou a contar com os recursos de aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho, em valor superior ao dos benefícios recebidos pelos pais.

Assim, não há como sustentar que o requerente dependesse dos recursos dos pais para a sobrevivência, pois sempre contou com recursos próprios. Ressalte-se que seus pais eram idosos e recebiam benefícios de valor modesto. Além disso, não há nos autos elementos que indiquem que os pais lhe prestassem efetivo auxílio financeiro.

Não restou comprovada, portanto, a qualidade de dependente do autor em relação aos pais, por ocasião do óbito.

Sobre o assunto, confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. TITULAR DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Nas hipóteses em que o filho inválido é titular de benefício de aposentadoria por invalidez, sendo o marco inicial anterior ao óbito da instituidora da pensão, a dependência econômica deve ser comprovada, porque a presunção desta, acaba sendo afastada diante da percepção de renda própria. 2. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice no enunciado nº 7 da Súmula desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ - AGRESP 201100458904 - Agravo Regimental no Recurso Especial - 1241558. Sexta Turma. Relator: Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE. Fonte: DJE - Data: 06/06/2011)

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. INCONTROVÉRSIA QUANTO À CONDIÇÃO DE SEGURADO DO FALECIDO. INVALIDEZ DO FILHO SUPERVENIENTE À MAIORIDADE. ROMPIMENTO DO VÍNCULO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COM O PAI. BENEFÍCIO INDEVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Remessa oficial e apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido inicial, condenando a autarquia a implementar o benefício de pensão previdenciária

por morte, em favor do autor, a contar da data do óbito do instituidor. 2. A condição de segurado da Previdência Social por parte do falecido restou cabalmente comprovada como se pode depreender da análise dos documentos acostados aos autos. 3. A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, sendo considerados dependentes '[...] o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido'. 4. Em princípio, é presumida a dependência econômica dos filhos maiores e inválidos em relação ao pai segurado. Entretanto, no caso dos autos, o apelado, que tem 53 anos (nasceu em 27/03/1960), ao tempo em que atingiu a maioridade, era plenamente capaz e, inclusive, exerceu atividade econômica. 5. O perito do juízo não conseguiu determinar a data de início do distúrbio psicológico (esquizofrenia) de que fora acometido o autor, entretanto, de acordo com relatório médico, o autor 'tem histórias de múltiplas internações psiquiátricas iniciadas em 03/11/1997'. Desse modo, a doença do apelado teve provável início em 1997, quando já contava com 37 anos de idade. 6. Com efeito, ao completar 21 anos e iniciar sua vida laboral, o ora apelado deixou de ser dependente legal do seu pai, não lhe restituindo esse status o fato de, posteriormente, ter ficado doente e incapacitado para o trabalho. Ademais, também não restou comprovado que o recorrido vivesse às expensas de seu genitor. 7. Remessa necessária e apelação providas, para reformar a sentença *a quo* e julgar improcedente o pedido autoral." (TRF5 - Proc. 00000194820124058103. APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 27522. Primeira turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Fonte: DJE - Data: 11/07/2013 - Página: 155)

Em suma, não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, o direito que persegue o autor não merece ser reconhecido.

Em face da inversão do resultado da lide, restam prejudicados os demais pontos do recurso do INSS.

Pelas razões expostas, nos termos do art. 557, do CPC, dou provimento ao reexame necessário e ao apelo da Autarquia, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Isento(a) de custas e de honorária, por ser beneficiário(a) da assistência judiciária gratuita - artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal (Precedentes: RESP 27821-SP, RESP 17065-SP, RESP 35777-SP, RESP 75688-SP, REExt 313348-RS).

Cumprе ressaltar que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Neste sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A discussão acerca da possibilidade de o relator decidir o recurso interposto isoladamente, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, encontra-se superada no âmbito desta Colenda Turma. A jurisprudência firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso mani-

festamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, incorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.

II - Na verdade, a reforma manejada pela Lei 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado.

(...)

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716; Processo: 200500289523; UF: CE; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 19/04/2005; Documento: STJ000610517; Fonte: DJ; Data: 16/05/2005; página: 412; Relator: GILSON DIPP)

EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

Por fim, é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta C. Corte Regional, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

Neste sentido, cabe colecionar o julgado que porta a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante à Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

6. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

7. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos n. 2002.03.00.000931-9-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388) - grifei.

Assim, não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0001558-47.2012.4.03.6117

(2012.61.17.001558-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 32/35

Interessado: MARCOS PAULO DA COSTA PALMA (incapaz)

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: AC 1819713

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/06/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERÍODO COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DESCONTO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CÁLCULOS ELABORADOS DE ACORDO COM O TÍTULO EXEQUENDO.

I. A r. sentença proferida na ação de conhecimento julgou procedente o pedido para condenar o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez, desde a data do requerimento administrativo (10/08/2010), com o acréscimo de 25% (art. 45 da Lei nº 8213/91).

II. Assim, constata-se que, apesar de haver informação nos autos principais do vínculo da parte exequente no período de janeiro de 2010 a janeiro de 2011, conforme se verifica da cópia de sua CTPS, bem como do Cadastro Nacional de Informações - CNIS, nas fls. 11 e 39, respectivamente (dos autos em apenso), tal fato não ensejou óbice à concessão do benefício e tampouco foi determinada a dedução do referido período quando da fase de liquidação, conforme se verifica do título exequendo.

III. Inclusive, não seria por demais ressaltar que o próprio ente autárquico não ventilou referida questão no momento oportuno, tendo em vista a ausência de impugnação por meio de recurso de apelação, tendo a r. sentença transitada em julgado em 19/04/2012 (fl. 75 dos autos em apenso).

IV. Por fim, ainda que assim não o fosse, esclareça-se que, o fato da parte embargada ter vínculo em CTPS não pode afastar o seu direito à percepção do benefício, uma vez que o trabalho é direito constitucionalmente assegurado pelo art. 6º, assim como o direito à previdência, não sendo lícito exigir-lhe que até o deferimento de seu benefício em juízo estivesse o autor sem qualquer fonte de renda, sob pena de afronta aos seus direitos à vida e à integridade física, também assegurados pela Constituição da República.

V. Agravo a que se nega provimento.

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, 10 de junho de 2014.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, ora agravante, em face de *decisão monocrática* que, nos termos do § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à apelação da parte embargada, para determinar o prosseguimento da execução pela conta elaborada pela Seção de Cálculos Judiciais (fl. 12), no montante de R\$ 14.123,01 (quatorze mil, cento e vinte e três reais e um centavo) para maio/2012.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que restou comprovado que a parte autora laborou no período de janeiro/2010 a janeiro/2011, após o recebimento da aposentadoria por invalidez concedida judicialmente, de modo que o benefício não é devido neste período, devendo ser excluído da conta de liquidação.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Inicialmente, assevero que muito embora pretenda a parte agravante a inversão do resultado da r. decisão proferida monocraticamente por este Relator, a conta de liquidação deve refletir o título executivo judicial.

A r. decisão recorrida amparou-se no entendimento de que:

Inicialmente, para o deslinde da questão abordada nestes embargos, impende destacar o que restou consignado no título executivo judicial.

A r. sentença proferida na ação de conhecimento julgou procedente o pedido para condenar o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez, desde a data do requerimento administrativo (10/08/2010), com o acréscimo de 25% (art. 45 da Lei nº 8213/91), conforme consta das fls. 69/70 dos autos em apenso.

Assim, constata-se que, apesar de haver informação nos autos principais do vínculo da parte exequente no período de janeiro de 2010 a janeiro de 2011, conforme se verifica da cópia de sua CTPS, bem como do Cadastro Nacional de Informações - CNIS, nas fls. 11 e 39, respectivamente (dos autos em apenso), tal fato não ensejou óbice à concessão do benefício e tampouco foi determinada a dedução do referido período quando da fase de liquidação, conforme se verifica do título exequendo.

Inclusive, não seria por demais ressaltar que o próprio ente autárquico não ventilou referida questão no momento oportuno, tendo em vista a ausência de impugnação por meio de recurso de apelação, tendo a r. sentença transitada em julgado em 19/04/2012 (fl. 75 dos autos em apenso).

Por fim, ainda que assim não o fosse, esclareça-se que, o fato da parte embargada ter vínculo em CTPS não pode afastar o seu direito à percepção do benefício, uma vez que o trabalho é direito constitucionalmente assegurado pelo art. 6º, assim como o direito à previdência, não sendo lícito exigir-lhe que até o deferimento de seu benefício em juízo estivesse o autor sem

qualquer fonte de renda, sob pena de afronta aos seus direitos à vida e à integridade física, também assegurados pela Constituição da República. Nesse sentido, verifique-se o seguinte julgado proferido pela C. Nona Turma desta E. Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. RETORNO AO LABOR POR ESTADO DE NECESSIDADE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEMBOLSO AO ERÁRIO DOS HONORÁRIOS DO PERITO JUDICIAL.

(...)

4 - O retorno ao labor não afasta a conclusão da perícia médica, vez que o segurado obrigado a aguardar por vários anos a implantação de sua aposentadoria por invalidez precisa manter-se durante esse período, vale dizer, vê-se compelido a retornar ao trabalho, por estado de necessidade, sem ter sua saúde restabelecida”.

(TRF-3ª Região; AC 1001569 - 2002.61.13.001379-0/SP; 9ª Turma; Rel. Desembargador Federal Santos Neves; j. 28.05.2007; DJU 28.06.2007; pág. 643)

Outro não é entendimento manifestado pela Colenda Décima Turma de Julgamentos. Neste sentido, destaco trecho do voto proferido no julgamento do Agravo Legal em Apelação Cível nº 2011.03.99.036499-5, de Relatoria do Exmo. Desembargador Federal Batista Pereira, na recente sessão de 05/02/2013, em que restou decidido, à unanimidade, o seguinte:

“Saliente-se que o fato da autora ter trabalhado ou voltado a trabalhar, por si só, não significa que tenha recuperado a capacidade laborativa, uma vez que pode tê-lo feito por razão de extrema necessidade e de sobrevivência, ainda mais se tratando de empregada doméstica, não obstante incapacitada para tal.

Por fim, a autora, que deveria ter sido aposentada por invalidez desde 23/10/09, porém continuou a contribuir após referido período, em função de indevida negativa do benefício pelo INSS, não pode ser penalizada com o desconto dos salários-de-contribuição sobre os quais verteu contribuições, pois, se buscou atividade remunerada, por falta de alternativa, para o próprio sustento, em que pese a incapacidade laborativa, no período em que a autarquia opôs-se ilegalmente ao seu direito, não cabe ao INSS tirar proveito de sua própria conduta”. Sendo assim, tendo em vista ser indevido o desconto do período em que a parte embargada obteve remuneração, devem os cálculos prosseguir pelo valor apurado pela contadoria judicial, no montante de R\$ 14.123,01 (quatorze mil, cento e vinte e três reais e um centavo) para maio/2012 (fl. 12). (fls. 33/35)

Cumpre salientar que o vínculo empregatício da parte autora, no período de janeiro/2010 a janeiro/2011, foi considerado pelo MM. Juiz *a quo* ao proferir a sentença na ação de conhecimento (*Segundo consta da CTPS original trazida a esta audiência pelo autor, o contrato de trabalho com a Associação Jauense de Educação e Assistência durou de 01/01/2010 a 22/04/2011 - fl. 69v dos autos em apenso*), que fixou o termo inicial do benefício em 10-08-2010, sem ressalvas quanto ao período laborado.

Sendo assim, considerando a ausência de impugnação do INSS quanto a esta questão no momento oportuno, tendo transitado em julgado a sentença condenatória, incabível a sua rediscussão em sede de embargos à execução, posto que preclusa a matéria, devendo ser cumprido o título executivo judicial em seus exatos termos.

Desta forma, o conjunto probatório forneceu elementos suficientes para a convicção deste Relator, o qual aplicou sua livre convicção devidamente motivada, bem como a legislação vigente e jurisprudência dominante em casos análogos.

Isto posto, *nego provimento ao agravo*, para manter integralmente a r. decisão agravada. É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0017116-77.2012.4.03.0000
(2012.03.00.017116-5)

Autora: EDNA GONÇALVES DA COSTA BINATI
 Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
 Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
 Classe do Processo: AR 8759
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2014

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ART. 485, VII E IX, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. DOCUMENTOS NOVOS APTOS A REVERTER O PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO E PROCEDÊNCIA DO PEDIDO ORIGINÁRIO.

1. Rejeitada a preliminar arguida pelo INSS em contestação, visto que, ainda que forma sucinta constam da exordial os fundamentos do pedido de rescisão do julgado com base em erro de fato, não havendo que se falar em inépcia da inicial. Da mesma forma, afastada a alegação de carência de ação, pois a existência ou não dos fundamentos para a ação rescisória corresponde à matéria que se confunde com o mérito, o qual será apreciado em seguida.
2. A r. decisão rescindenda enfrentou todos os elementos de prova produzidos no processo originário, concluindo pela improcedência do pedido formulado nos autos subjacentes, incorrendo, desta forma, a hipótese de rescisão prevista pelo art. 485, IX (erro de fato), do CPC.
3. A jurisprudência tem abrandado o rigor da norma para os trabalhadores rurais, possibilitando a utilização de documento, ainda que não tenha sido comprovada a impossibilidade de utilização na ação originária. No presente caso, não se trata de trabalhadora rural, porém, considerando ser a autora pessoa muito simples e quase sem nenhuma instrução, assim como ocorre com grande parte dos rurícolas, entendo ser o caso de estender-lhe tal regra interpretativa.
4. Os documentos novos trazidos pela parte autora revelam que ela e o seu filho falecido residiam no mesmo endereço. Ademais, a autora era a única beneficiária do seguro de vida contratado pelo *de cujus*. Assim, tais documentos constituem início de prova material da residência comum e da dependência econômica da parte autora com relação ao seu falecido filho, e são capazes, por si só, de assegurar-lhe pronunciamento favorável, na forma exigida pelo disposto no art. 485, VII, do CPC.
5. No tocante à qualidade de segurado, constata-se que o falecido encontrava-se trabalhando com registro em CTPS desde 02/05/2005 até a data do óbito, conforme consta de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV.
6. Comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* e a dependência econômica, reconhece-se o direito da parte autora à pensão por morte de seu filho.
7. O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação da presente ação

rescisória, haja vista que somente a partir deste momento o réu tomou ciência dos fatos constitutivos do direito da autora, assim como os critérios de correção monetária e juros de mora, os quais seguem abaixo.

8. A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, a partir de 11.08.2006 em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

9. Os juros de mora incidem, a partir da citação desta rescisória, de forma decrescente até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Com o advento da Lei nº 11.960/09, os juros serão aqueles aplicados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.

10. Em observância ao art. 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil e à Súmula nº 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação desta decisão.

11. O INSS é isento de custas processuais, arcando com as demais despesas, inclusive honorários periciais (Res. CJF nºs. 541 e 558/2007), além de reembolsar as custas recolhidas pela parte contrária, o que não é o caso dos autos, ante a gratuidade processual concedida (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei 9.289/1996, art. 24-A da Lei 9.028/1995, n.r., e art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/1993).

12. Rejeitada a matéria preliminar e, no mérito, julgado procedente o pedido de desconstituição do julgado, com fundamento no art. 485, VII, do CPC e, em juízo rescisório, julgado procedente o pedido de concessão do benefício de pensão por morte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, por maioria, julgar procedente o pedido de desconstituição do julgado, com fundamento no art. 485, VII, do CPC e, em juízo rescisório, julgar procedente o pedido de concessão do benefício de pensão por morte, nos termos do voto do Relator, com quem votaram os Desembargadores Federais Marcelo Saraiva, Souza Ribeiro, David Dantas, Baptista Pereira, Marisa Santos, Sergio Nascimento, Walter do Amaral, Fausto De Sanctis, e os Juízes Federais Convocados Valdeci dos Santos e Fernando Gonçalves, vencido o Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, que julgava improcedente a ação rescisória.*

São Paulo, 24 de julho de 2014.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de Ação Rescisória proposta por EDNA GONÇALVES DA COSTA BINATI em 06/06/2012, com fulcro nos incisos VII (documentos novos) e IX (erro de fato) do artigo 485

do Código de Processo Civil, que objetiva a rescisão da r. decisão monocrática terminativa proferida pela Exma. Desembargadora Federal Vera Jucovsky (fls. 93/94), nos autos do processo nº 2008.03.99.041121-4, que, nos termos do artigo 557 do CPC, deu provimento à apelação do INSS, reformando a sentença de primeiro grau, para julgar improcedente a ação de concessão de pensão por morte.

A autora alega, em síntese, que obteve documentos novos, dos quais não tinha conhecimento na época da propositura da ação subjacente, que comprovam a sua dependência econômica com relação ao seu falecido filho, motivo pelo qual preenche os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte. Alega também que o julgado rescindendo incorreu em erro de fato quanto à análise do conjunto probatório produzido na ação originária, pois havia prova material e testemunhal suficiente para demonstrar que dependia economicamente do *de cujus*. Requer a rescisão do r. julgado guerreado para que, em juízo rescisório, seja julgado procedente o seu pedido de concessão de pensão por morte. Pleiteia a concessão da tutela antecipada, bem como dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 10/110.

Por meio da decisão de fls. 113, foi indeferida a tutela antecipada e deferido o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Citado, o INSS ofertou contestação (fls. 121/135), alegando, preliminarmente, inépcia da inicial, por não ter havido exposição dos fatos e fundamentos jurídicos em relação ao pedido de rescisão com base em erro de fato. Ainda em preliminar, arguiu carência de ação, vez que a parte autora busca apenas a rediscussão da lide originária, não preenchendo os requisitos para o ajuizamento da ação rescisória. No mérito, alega que a parte autora não demonstrou na ação originária a existência de dependência econômica com relação ao *de cujus*, razão pela qual não há que se falar em violação de lei ou erro de fato. Alega também que os documentos trazidos nesta rescisória não podem ser considerados novos, pois não demonstrada a impossibilidade de utilização destes quando do ajuizamento da ação originária. Ademais, aduz que tais documentos não se mostram capazes de se desconstituir o resultado obtido na ação subjacente. Por fim, afirma que a ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal. Por tais razões, requer seja julgada improcedente a presente ação rescisória. Se esse não for o entendimento, requer a fixação do termo inicial do benefício e da fluência dos juros de mora na data da citação desta rescisória.

Às fls. 138/144, a parte autora apresentou réplica.

Instadas a especificar provas, a autora e o INSS informaram não ter provas a produzir (fls. 148 e 150).

A parte autora e o INSS apresentaram suas razões finais às fls. 153/155 e 157/158, respectivamente.

Em parecer de fls. 160/164, a ilustre Procuradora Regional da República opinou pela procedência desta ação rescisória, para rescindir a r. decisão monocrática ora combatida e, em juízo rescisório, julgar procedente o pedido de concessão do benefício de pensão por morte.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Inicialmente, cumpre observar que a r. decisão rescindenda transitou em julgado em 01/08/2011 para a parte autora e em 12/08/2011 para o INSS, conforme certidão de fls. 96.

Por consequência, tendo a presente demanda sido ajuizada em 06/06/2012, conclui-se que não foi ultrapassado o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil.

Ainda de início, rejeito a preliminar arguida pelo INSS em contestação, visto que, ainda que forma sucinta, constam da exordial os fundamentos do pedido de rescisão do julgado com base em erro de fato, não havendo que se falar em inépcia da inicial.

Da mesma forma, afasto a alegação de carência de ação, pois a existência ou não dos fundamentos para a ação rescisória corresponde à matéria que se confunde com o mérito, o qual será apreciado em seguida.

Pretende a parte autora a desconstituição da r. decisão terminativa que julgou improcedente o seu pedido de concessão de pensão por morte, ao argumento da incidência de erro de fato, vez que havia nos autos originários documentos e depoimentos testemunhais idôneos, que, se considerados pelo r. julgado rescindendo, implicaria a concessão do benefício por ela requerida. Além disso, alega ter obtido documentos novos que comprovam a existência dos requisitos para a concessão do referido benefício.

No tocante ao erro de fato, preconiza o art. 485, IX e §§ 1º e 2º, do Estatuto Processual Civil, *in verbis*:

A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Destarte, para a legitimação da ação rescisória, a lei exige que o erro de fato resulte de atos ou de documentos da causa. A decisão deverá reconhecer fato inexistente ou desconsiderar fato efetivamente ocorrido, sendo que sobre ele não poderá haver controvérsia ou pronunciamento judicial. Ademais, deverá ser aferível pelo exame das provas constantes dos autos da ação subjacente, não podendo ser produzidas novas provas, em sede da ação rescisória, para demonstrá-lo.

Nessa linha de exegese, para a rescisão do julgado por erro de fato, é forçoso que esse erro tenha influenciado no *decisum* rescindendo.

Confira-se nota ao art. 485, IX, do diploma processual civil, da lavra de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante (Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, p. 783), com base em julgado do Exmo. Ministro Sydney Sanches (RT 501/125):

Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito de erro de fato; que seja entre aquela a este um nexo de causalidade.

Segue, ainda, os doutrinadores:

Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.

Outro não é o entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça. Destaco o aresto:

RESCISÓRIA. RECURSO ESPECIAL. DECADÊNCIA. PRAZO. ERRO DE FATO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. FATO CONTROVERSO.

I - A interposição de recurso intempestivo, em regra, não impede a fluência do prazo decadencial da ação rescisória, salvo a ocorrência de situações excepcionais, como por exemplo, o fato de a declaração de intempestividade ter ocorrido após a fluência do prazo da ação rescisória. Precedentes.

II - O erro de fato a justificar a ação rescisória, nos termos do artigo 485, IX, do Código de Processo Civil, é aquele relacionado a fato que, na formação da decisão, não foi objeto de controvérsia nem pronunciamento judicial.

III - Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes, nem sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; c) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo. Recurso especial provido. (REsp 784166/SP, Processo 2005/0158427-3, Rel. Min. CASTRO FILHO, Terceira Turma, j. 13/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 259)

Verifica-se que a r. decisão rescindenda (fls. 93/94) enfrentou a lide com a análise de todos os elementos que lhe foram apresentados, julgando improcedente a demanda, fazendo-o nos termos seguintes:

(...)

A parte autora pretende a concessão de pensão em virtude da morte de seu filho, Adriano Gonçalves Costa, falecido em 14.10.06. Argumentou que ele, à época do passamento, era segurado da Previdência Social e que dele dependia economicamente.

A norma de regência do benefício observa a data do óbito, porquanto é o momento em que devem estar presentes todas as condições necessárias e o dependente adquire o direito à prestação. Assim, ocorrido o falecimento em 14.10.06 (fls. 09), disciplina-o a Lei nº 8.213/91, artigos 74 e seguintes, com as alterações da Lei nº 9.528, de 10.12.97.

Depreende-se da análise do artigo 74 da Lei nº 8.213/91 que a pensão em tela é devida “ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não (...)”. São, pois, seus requisitos: a relação de dependência do pretendente para com o de cujus e a qualidade deste de segurado da Previdência Social, à época do passamento.

No que concerne à qualidade de segurado do falecido, restou demonstrado que ele manteve vínculo empregatício, no período de 02.05.05 a 14.10.06. Era segurado, nos termos do art. 15, inc. I, da Lei 8.213/91.

Ressalte-se, *outrossim*, que o beneplácito pretendido prescinde de carência, *ex vi* do artigo 26, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

No caso dos autos, quanto à dependência, o artigo 16, inciso II, e § 4º, da Lei nº 8.213/91

(Lei de Benefícios da Previdência Social), assegura o direito colimado pela parte autora, sob determinada condição.

Haja vista que, no caso dos ascendentes, a relação de dependência econômica não é presumida, mas, sim, deve ser demonstrada, impende proceder-se à análise do conjunto probatório produzido, a fim de se apurar a existência ou não da referida relação.

Nestes termos, verifica-se que foi acostada cópia da certidão de óbito do falecido, aos 14.10.06, em cuja qualificação civil evidencia-se que era solteiro e residia na Rua Lavínia, 204, Higienópolis, Fernandópolis/SP (fls. 09); cópias dos documentos pessoais da parte autora (fls. 08); cópia de conta de telefonia fixa, em nome do finado, constando o mesmo endereço da certidão de óbito (fls. 10); cópia de ficha de registro de empregado, constando como genitora a parte autora (fls. 13); cópia da certidão de casamento da parte autora (fls. 16), e cópias dos documentos pessoais do de cujus (fls. 17).

Tais documentos não configuram dependência econômica da parte autora em relação ao filho falecido, principalmente, porque não foi realizada prova documental para comprovar o endereço comum. Ademais, não revelam conteúdo econômico.

Destaque-se, ainda, que a autora assinou a rescisão do filho falecido na condição de herdeira, titular do direito de receber as verbas rescisórias do finado, por ser sua ascendente (fls. 13v). Apsear dos depoimentos testemunhais (fls. 56-58), o conjunto probatório não revela dependência econômica da parte autora em relação ao finado, dada a ausência de prova material. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, deixo de condenar a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e despesas processuais, 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, com fundamento no artigo 557, *caput* e/ou §1º-A, do CPC, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO. Verbas sucumbenciais na forma acima explicitada.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos à primeira instância.

Intimem-se. Publique-se.

Da análise da transcrição supra, verifica-se que a r. decisão rescindenda enfrentou todos os elementos de prova produzidos no processo originário, concluindo pela improcedência do pedido formulado nos autos subjacentes, incorrendo, desta forma, a hipótese de rescisão prevista pelo art. 485, IX (erro de fato), do Código de Processo Civil.

Com efeito, após analisar todos os elementos probatórios produzidos nos autos, a r. decisão rescindenda considerou que os documentos trazidos pela parte autora, aliados aos depoimentos das testemunhas, eram insuficientes para demonstrar a dependência econômica com relação ao seu falecido filho, não havendo que se falar em erro de fato.

Diante disso, não se prestando a demanda rescisória ao reexame da lide, ainda que para correção de eventual injustiça, entendo não estar configurada hipótese de rescisão do julgado rescindendo, nos termos do art. 485, IX (erro de fato), do CPC.

Neste sentido, tem decidido esta C. Terceira Seção:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINAR CONFUNDE-SE COM O MÉRITO. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DE LEI. NÃO CONFIGURADOS. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343 DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. HONORÁRIOS.

1. Os argumentos que sustentam a preliminar arguida, por tangenciarem o mérito, serão com ele analisados.

2. A rescisão respaldada em erro de fato não admite a produção de novas provas para demonstrá-lo, pois o erro deve ser aferido a partir de atos ou documentos da causa originária, ou, no caso de violação de lei, a eventual ofensa deve ser constatada de plano, vedada a reabertura da instrução processual da ação subjacente.
3. No caso, discute-se o atendimento das exigências à concessão de aposentadoria por idade a rurícola, a saber: a comprovação da idade mínima e o desenvolvimento de atividade rural pelo período exigido em lei.
4. Segundo a autora, o aresto rescindendo incorreu em erro de fato, por ter ignorado a prova carreada aos autos originários, hábil a comprovar o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício previdenciário.
5. Não se entrevê erro de fato se houve efetivo pronunciamento judicial sobre o conjunto probatório que acompanhou a demanda originária. Inteligência do § 2º do inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil.
6. A r. decisão rescindenda analisou o conjunto probatório e considerou-o insuficiente para justificar o direito pleiteado.
7. Alega a parte autora, ainda, ter a decisão rescindenda incorrido em violação aos artigos 55 e 143 da Lei nº 8.213/91, à vista da existência de provas idôneas a demonstrar o labor alegado e da desnecessidade do cumprimento simultâneo dos requisitos. Argui, outrossim, a ausência de fundamentação do decism, em desacordo com as provas colacionadas.
8. Consoante § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço “só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo nas hipóteses de força maior ou caso fortuito, conforme disposto em Regulamento.” E, nos termos do artigo 143 da mesma lei, faz jus à aposentadoria por idade o trabalhador que comprove “o exercício de atividade rural, ainda que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício”.
9. A valoração das provas, na hipótese, observa o princípio do livre convencimento motivado.
10. O v. julgado rescindendo encontra-se fundamentado, tendo sido expostas as razões de decidir, com base no exame do conjunto probatório.
11. Ao considerar que a prova produzida na lide originária não demonstrou o exercício da atividade rural até o atendimento do requisito etário, adotou-se uma das soluções possíveis para a situação fática apresentada, a afastar a alegação de violação de lei.
12. Há dissenso na jurisprudência desta Corte quanto à comprovação do trabalho rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, a incidir a Súmula n. 343 do C. STF.
13. Ressalte-se estar atualmente consolidado no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça, intérprete máximo da legislação federal, que a pretensão da parte autora não poderia ser acolhida com fundamento na Lei nº 10.666/2003, conforme aresto proferido em incidente de uniformização.
14. Não demonstrada violação à lei cometida pelo julgado. Mero inconformismo da parte não pode dar ensejo à propositura da ação rescisória.
15. Preliminar rejeitada. Ação rescisória improcedente.
16. Sem verbas de sucumbência, pois a parte autora litiga sob o pálio da Justiça Gratuita. (TRF 3ª Região, AR 6040/SP, Processo nº 0010183-30.2008.4.03.0000, 3ª Seção, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, e-DJF3 Judicial 1 11/12/2013)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DOCUMENTO NOVO. INÉPCIA DA INICIAL. EXTINÇÃO DO FEITO. ART. 267, I, CPC. ERRO DE FATO. VIOLAÇÃO DE LEI. NÃO CONFIGURADOS.

1 - Dos argumentos da própria peça vestibular extrai-se que a prova à qual se imputa novidade já fora apresentada nos autos subjacentes. Logo se vê que o fundamento do pedido não é

compatível com o aparecimento de um documento novo, aquele que, embora cronologicamente antigo, se encontrasse em lugar de difícil acesso, de forma que a parte não tivesse podido se valer dele.

2 - Não incorre em erro de fato o julgado que teria deixado de levar em consideração a possibilidade de extensão da qualificação de lavradores/pecuarista dos filhos e o genro, tese defendida apenas na inicial desta causa e que não é tranquila no âmbito desta Corte.

3 - Para que a Ação Rescisória seja acolhida pela hipótese do inciso IX do art. 485, conforme contempla o seu § 1º, a decisão rescindenda deve haver admitido fato inexistente, ou considerado inexistente aquele que efetivamente tenha ocorrido.

4 - O dissenso jurisprudencial levantado pela autora está na interpretação de uma lei infra-constitucional, o que não configura afronta à sua disposição literal, nem autoriza o reexame da questão, pela via da ação rescisória, com o propósito de fazer prevalecer entendimento mais favorável à sua tese.

5 - Preliminar de inépcia da inicial acolhida. Processo julgado extinto, sem resolução do mérito, em relação ao pedido formulado com enfoque no inciso VII do art. 485 do CPC. Pedido rescisório apresentado com base nos incisos V e IX do referido dispositivo legal julgado improcedente.

(TRF 3ª Região, AR 4938/SP, Processo nº 0078170-54.2006.4.03.0000, 3ª Seção, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, e-DJF3 Judicial 1 20/05/2013)

PREVIDENCIÁRIO. ACÓRDÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO DE APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL). AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FULCRO NOS INCISOS V, VII E IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Rejeitada a preliminar suscitada pelo réu. A existência ou não dos fundamentos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, se confundem com o mérito.

Não há que se falar em erro de fato, pois as provas documentais e testemunhais coletadas no feito originário foram devidamente apreciadas e formaram o posicionamento da Turma julgadora, que no caso decidiu pela improcedência do pedido da parte autora.

As alegações sobre a incapacidade laborativa da autora, abordadas apenas em sede desta rescisória, são irrelevantes ao deslinde da questão, primeiro porque, não foram objeto de análise de mérito e discussão da ação originária e segundo porque, não foram objeto de análise de mérito e discussão da ação originária e segundo porque, restaram prejudicadas pela ausência de prova de qualquer labor rural da autora.

O v. acórdão não incorreu em violação de lei como sustenta a parte autora.

A documentação dita “nova” não enseja a rescisão do v. acórdão. Indubitável que a parte autora requer a reapreciação da causa, inadmissível em sede de ação rescisória, para obter a aposentadoria por idade. Os documentos emitidos nos anos de 2005 e 2006 não existiam ao tempo da r. sentença e prolação do v. acórdão rescindendo. Assim essa documentação não se presta a modificar o r. julgado.

Improcedência da ação rescisória. Sem condenação da autora nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

(TRF 3ª Região, AR 5257/SP, Processo nº 0025394-43.2007.4.03.0000, 3ª Seção, Rel. Des. Fed. Leide Polo, e-DJF3 Judicial 1 09/01/2012)

Deste modo, passo à análise do pedido de rescisão fundamentado no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, o qual assim dispõe, *in verbis*:

Art. 485. A sentença de mérito transitada em julgada pode ser rescindida quando:

(...)

VII - depois da sentença o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Assim, reputa-se documento novo para fins do disposto no inciso VII, do artigo 485, do Código de Processo Civil, de molde a ensejar a propositura da ação, aquele que preexistia ao tempo do julgado rescindendo, cuja existência a parte autora ignorava ou a que não pôde fazer uso durante o curso da ação subjacente.

Deve, ainda, o documento novo ser de tal ordem que, por si só, seja capaz de alterar o resultado da decisão rescindenda, assegurando pronunciamento favorável a parte autora.

Os documentos novos trazidos pela parte autora para fundamentar sua pretensão na presente ação rescisória são os seguintes:

1) Notas Promissórias emitidas pela parte autora (fls. 103/104), sendo a primeira sem data e a segunda com data de 08/07/2006;

2) Aviso de Sinistro (fls. 105), expedido em 29/11/2006, informando o acidente ocorrido com o filho da autora, figurando esta como sendo a única beneficiária do seguro de vida;

3) Declaração expedida pela própria autora em 23/10/2006 (fls. 106), afirmando ser a única herdeira do de cujus;

4) Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho do de cujus (fls. 107), com data de 14/10/2006, figurando a autora como sendo a responsável legal do trabalhador;

5) Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo pertencente ao filho falecido da autora (fls. 108), correspondente ao ano de 2005.

Vale dizer que os documentos acima citados trazem o endereço da autora e o de seu filho falecido como sendo a Rua Lavínia, nº 204.

No que se refere ao primeiro requisito exigido pelo artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, a autora alega na inicial que, por ser muito humilde e estar abalada com a morte de seu filho, desconhecia a existência e importância dos documentos trazidos nesta rescisória, motivo pelo qual não os utilizou na ação originária.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a jurisprudência tem abrandado o rigor da norma para os trabalhadores rurais, possibilitando a utilização de documento, ainda que não tenha sido comprovada a impossibilidade de utilização na ação originária.

No presente caso, não se trata de trabalhadora rural, porém, considerando ser a autora pessoa muito simples e quase sem nenhuma instrução, assim como ocorre com grande parte dos rurícolas, entendo ser o caso de estender-lhe tal regra interpretativa.

Aliás, assim já se manifestou esta Egrégia Terceira Seção em caso semelhante:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. DOCUMENTO NOVO. ADMISSIBILIDADE. SEGURADO QUE DEIXA DE RECOLHER CONTRIBUIÇÕES EM RAZÃO DE DOENÇA INCAPACITANTE.

I - Como a autora trata-se de uma humilde dona de casa, viúva de operário, pode lhe ser estendida a solução jurisprudencial pro - misero, que, com base na desigualdade social, admite como novo um documento, ainda que ele seja preexistente ao ajuizamento da ação.

II - A qualidade de segurado do de cujus restou evidenciada, uma vez que ele desligou-se de seu último emprego em 22.09.1995, mas como contava com 16 anos, 09 meses e 19 dias de serviço (fls. 178) essa qualidade restou mantida até 15 de novembro de 1997, nos termos do art. 15, II, § 2º e 4º, da Lei nº 8.213/91.

III - Embora o marido da autora tenha falecido em 21.12.1997, os documentos de fls. 219/232 revelam que em 14.10.1997 ele iniciou sessões de quimioterapia no Hospital da Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP - Hospital São Paulo, por ser portador de adenocarcinoma, razão pela qual ele não perdeu a qualidade de segurado. É que a jurisprudência é pacífica no

sentido de que não perde tal qualidade a pessoa que deixa de contribuir para com a previdência social em virtude de doença que o impede de trabalhar.

IV - Sendo o óbito posterior à edição da MP nº 1.596-14, de 10/11/97, convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou a redação original do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, e tendo transcorrido mais de trinta dias entre a data do óbito (21.12.1997) e a data do requerimento administrativo (16.11.1998), o termo inicial do benefício deve ser fixado a contar da data do requerimento administrativo, ou seja, 16.11.1998, a teor do art. 74, da Lei nº 8.213/91, observado o disposto nos art. 75 e 77 da indigitada Lei.

V - Preliminar rejeitada. Agravo retido prejudicado. Ação rescisória cujo pedido se julga procedente, com fundamento no art. 485, VII, do Código de Processo Civil. Ação subjacente cujo pedido se julga parcialmente procedente.

(TRF 3ª Região, AR 5085/SP, Proc. nº 0113319-14.2006.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, DJU 11/03/2008, p. 231)

Superada esta questão, resta verificar se os documentos trazidos aos autos têm o condão de desconstituir o julgado que deixou de reconhecer a dependência econômica da autora com relação ao seu falecido filho.

A autora ajuizou a ação originária alegando que dependia economicamente de seu filho, Adriano Gonçalves Costa, falecido em 14/10/2006, razão pela qual postulou a concessão do benefício de pensão por morte. Naquela ocasião, a autora instruiu a petição inicial com os seguintes documentos: certidão de óbito de seu filho (fls. 29), fatura de conta telefônica, emitida em nome do *de cujus*, referente ao mês de agosto/2006 (fls. 28), cópia de registro de empregado do *de cujus* (fls. 27/31) e certidão de casamento da autora (fls. 32), na qual consta a existência de divórcio em 22/08/1997.

Da análise da r. decisão rescindenda, verifica-se que o pedido formulado na ação originária foi julgado improcedente, por não haver sido comprovada a dependência econômica da autora com relação ao *de cujus*, notadamente em razão da ausência de documentos demonstrando o endereço comum de ambos.

Ocorre que, com exceção da declaração de fls. 106, que equivale a mero depoimento pessoal reduzido a termo, todos os demais documentos trazidos nesta rescisória servem como início de prova material da dependência econômica da parte autora com relação ao *de cujus*.

Com efeito, os documentos novos trazidos pela parte autora revelam que ela e o seu filho falecido residiam no mesmo endereço, qual seja, Rua Lavínia, nº 204.

Ademais, cumpre observar que, de acordo com o aviso de sinistro juntado às fls. 105, a autora era a única beneficiária do seguro de vida contratado pelo *de cujus*.

Assim, no meu entender, tais documentos constituem início de prova material da residência comum e da dependência econômica da parte autora com relação ao seu falecido filho, e são capazes, por si só, de assegurar-lhe pronunciamento favorável, na forma exigida pelo disposto no artigo 485, VII, do Código de Processo Civil.

Diante disso, em juízo rescindendo, escorreita a procedência do pleito de rescisão fundado no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil.

Passo à apreciação do juízo rescisório.

Objetiva a parte autora a concessão da Pensão por Morte, em decorrência do óbito de seu filho, Adriano Gonçalves Costa, ocorrido em 14/10/2006, conforme demonstra a certidão de óbito juntada às fls. 14.

O artigo 74 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97, estabelece que:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida

O artigo 15 da Lei 8.213/91 dispõe que:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

No tocante à qualidade de segurado, constata-se que o falecido encontrava-se trabalhando com registro em CTPS desde 02/05/2005 até a data do óbito, conforme consta de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV (fls. 65). Portanto, comprovada a qualidade de segurado do *de cujus*.

No caso dos autos, constata-se que a autora é mãe do segurado falecido, motivo pelo qual a dependência econômica não é presumida, razão pela qual deve ser comprovada (artigo 16, §4º, da Lei nº 8.213/91).

Segundo se depreende dos documentos trazidos nesta rescisória e da certidão de óbito, o *de cujus* era solteiro e residia no mesmo endereço da parte autora, a qual se encontra divorciada judicialmente desde 22/08/1997, conforme certidão de casamento de fls. 32.

Ademais, consoante demonstra a consulta obtida junto ao sistema CNIS/DATAPREV (fls. 59/61), a autora nunca possuiu qualquer registro de trabalho, o que corrobora a tese de que dependia de seu filho.

Por sua vez, o início de prova material da dependência econômica foi corroborado por prova testemunhal.

De fato, as testemunhas ouvidas na ação originária (fls. 73/74) confirmaram que a autora residia juntamente com o *de cujus* e que era este o responsável pelo sustento da casa.

Neste ponto, cabe destacar que a dependência econômica não precisa ser exclusiva, de

modo que a mesma persiste ainda que a parte autora tenha outros meios de complementação de renda, conforme Súmula 229, do ex-TFR:

A mãe do segurado tem direito a pensão previdenciária em caso de morte do filho se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva.

Neste sentido:

AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. MÃE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COM RELAÇÃO AO FILHO COMPROVADA.

I- Comprovada a dependência econômica da mãe em relação ao único filho que, além de ser solteiro e não ter filhos, morava com os pais, circunstâncias que permitem presumir que empregava os seus rendimentos no seu sustento e de sua mãe.

II - A dependência econômica não precisa ser exclusiva, conforme entendimento que já era adotado pelo extinto TFR, estampado na Súmula 229.

III - Presentes os requisitos do art. 461, § 3º do CPC, é de ser antecipada a tutela, de ofício, para permitir a imediata implantação do benefício.

IV - Agravo provido. Tutela antecipada.

(TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 00118743620044036106, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, e-DJF3 21/09/2011).

Assim, preenchidos os requisitos legais, reconhece-se o direito da parte autora à pensão por morte de seu filho.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação da presente ação rescisória (16/07/2012 - fls. 118), haja vista que somente a partir deste momento o réu tomou ciência dos fatos constitutivos do direito da autora, assim como os critérios de correção monetária e juros de mora, os quais seguem abaixo.

No tocante aos juros e à correção monetária, note-se que suas incidências são de trato sucessivo e, observados os termos do artigo 293 e do artigo 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, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, artigo 5º. Adite-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação desta rescisória, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

A verba honorária deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data desta decisão, conforme orientação desta Seção e observando-se os termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

O INSS é isento de custas processuais, arcando com as demais despesas (Res. CJF nº 541 e 558/2007), além de reembolsar as custas recolhidas pela parte contrária, o que não é o caso dos autos, ante a gratuidade processual concedida (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei 9.289/1996, art. 24-A da Lei 9.028/1995, nº, e art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/1993).

Independentemente do trânsito em julgado, determino, com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil, a expedição de e-mail ao INSS, instruído com os documentos da parte autora EDNA GONÇALVES DA COSTA BINATI para que cumpra a obrigação de fazer

consistente na imediata implantação do benefício de pensão por morte, com data de início - DIB 16/07/2012 (data da citação da ação rescisória - fls. 118), e renda mensal a ser calculada.

Diante do exposto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, julgo procedente o pedido de desconstituição do julgado, com fundamento no art. 485, VII, do CPC e, em juízo rescisório, julgo procedente o pedido de concessão do benefício de pensão por morte, nos termos acima explicitados.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

Direito Processual Civil



MANDADO DE INJUNÇÃO

0016849-28.2000.4.03.0000

(2000.03.00.016849-8)

Impetrante: MARISTELA VICTOR DA SILVA

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO

Classe do Processo: MI 20

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2014

DECISÃO

Vistos, etc.

I - Trata-se de mandado de injunção impetrado por MARISTELA VICTOR DA SILVA, advogada em causa própria, em face de ato jurisdicional exarado pela então Juíza Federal em exercício na 20ª Vara Federal em São Paulo, de indeferimento da inicial de Ação de Cobrança proposta pela Impetrante.

Aduz, em síntese, que referida sentença ofende o contraditório e a ampla defesa, inaplicado o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, pelas seguintes razões (fls. 6/7):

Eminentes Julgadores, no tocante a retificação do feito e, “data maxima vênia” inconsistente, a determinação da retificação do pólo passivo da Ação de Cobrança, posto que o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal considera a entidade autárquica revestida de personalidade jurídica e capacidade postulatória, portanto, o TESOUREIRO NACIONAL, que figura no pólo passivo do referido feito é representado pelo CONSELHO CURADOR, composto da Douta PROCURADORIA REGIONAL REGIONALIZADA (...)

Em decorrência de ter havido lesão do direito, a esta Autora, por erro material, aduz a Lei nº 8.984 de 07, de fevereiro de 1995, que regulamentou o artigo 114, da Magna Carta corroborado com as súmulas do Supremo Tribunal Federal, retro transcrito às fls. 03 e 04, desta peça processual, a competência é inquestionável ser da Justiça Especializada TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - 2ª Região, às MMas. Varas, do Juízo de Primeira Instância. (...) Assim sendo, é devido, apenas, o recolhimento da despesa processual em razão do efeito translativo pleno decorrente da remessa a este MM. JUÍZO FEDERAL, sendo que o ônus poderá ser recolhido aos cofres públicos, devidamente atualizados à época própria.

Reproduzo, por oportuno, a descrição fática exposta pela autoridade impetrada, em suas informações (fls. 19/21):

A autora, ora impetrante, atuando em causa própria, distribuiu, em 5 de abril de 1999, na Justiça do Trabalho, ação contra o Tesouro Nacional, pleiteando, em resumo, aparentemente, liberação de valores referentes a parcela do Imposto de Renda retido na fonte, incidente sobre verbas trabalhistas, relativas ao Processo nº 292/91, que tramitou na 58ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo, atribuindo à nova causa o valor de R\$ 1.447.088,60 (um milhão, quatrocentos e quarenta e sete mil, oitenta e oito reais e sessenta centavos), havendo o MM. Juiz que apreciou a exordial, desta feita, declinado da competência, havendo sido os autos redistribuídos, na Justiça Federal de 1ª Instância, a esta Vara, em 4 de junho de 1999 (Ação Ordinária nº 1999.61.00.025257-5).

Este juízo determinou, em 28 de junho de 1999, fosse indicado, corretamente, o pólo passivo

do feito, bem como o recolhimento das custas iniciais. Tal despacho saiu publicado em 13 de agosto de 1999.

Em 26 de agosto de 1999, portanto, intempestivamente, a ora impetrante peticionou requerendo, em suma, fosse citado para figurar no pólo passivo Excelentíssimo Procurador-Chefe Sr. Dr. FERNANDO HUGO D'A. GUIMARÃES, Secretaria esta subordinada ao MINISTÉRIO DA FAZENDA NACIONAL..., pleiteando, ainda, os benefícios da gratuidade da justiça.

Em 21 de setembro de 1999, como a autora não supriu as irregularidades apontadas às fls. 16 - em especial, a indicação correta do réu - foi certificado o decurso do prazo para tanto. Vieram-me conclusos os autos, para prolação de sentença.

Em 30 de setembro de 1999, indeferi a petição inicial, julgando extinto o processo, com fulcro no art. 284, § único, combinado com o art. 267, I, do Código de Processo Civil (CPC) (publicação em 15.10.99).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela extinção sem resolução meritória do feito (fls. 87/93).

A fls. 102/105 a Impetrante requereu a expedição de ofício ao Banco do Brasil, para que preste informações acerca da Ação de Cobrança subjacente. Indeferido o pedido (fls. 111), a Impetrante interpôs Agravo Retido (fls. 152/155).

II - Passo a decidir.

De início, observo que as razões de Agravo Retido confundem-se com o mérito da demanda, e serão com ele analisadas.

O mandado de injunção é remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXI, da Carta Constitucional, *verbis*:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Analisando o dispositivo, assim se pronuncia a doutrina (MORAES, Alexandre, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, 2ª edição, São Paulo, Atlas, p. 414):

Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa que precisarão ser colmatadas por leis ou atos normativos (por exemplo: ausência de resolução do Senado Federal no caso de estabelecimento de alíquota às operações interestaduais. CF, art. 155, § 2º). Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição, ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente.

Da leitura atenta da irresignação da Impetrante, conclui-se que pretende, em verdade, a reversão do r. *decisum* monocrático que extinguiu a Ação de Cobrança subjacente sem resolução meritória, providência para a qual há previsão de recurso na legislação processual.

Evidente, assim, a inexistência de lacuna legislativa que permita a impetração, descabido o mandado de injunção à luz de orientação do Excelso Pretório:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO. ACESSO ÀS NOTAS TAQUIGRÁFICAS DOS JULGAMENTOS DESTA CORTE. INEXIS-

TÊNcia DE LACUNA NORMATIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Somente é cabível mandado de injunção quando existente lacuna normativa que impossibilite o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. II - O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal regulamenta o acesso às notas taquigráficas. Inexiste, portanto, lacuna normativa. III - Agravo regimental improvido. (MI 751 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00751 EMENT VOL-02297-01 PP-00014).

Isto posto, julgo o processo extinto sem resolução meritória na forma do art. 267, IV, do CPC. Descabida condenação em verba honorária.

III - Comunique-se.

IV - Publique-se e intimem-se.

V - Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

São Paulo, 28 de julho de 2014.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0005721-42.2007.4.03.6183

(2007.61.83.005721-0)

Embargante: VERA LUCIA SALVADORI MOURA (= ou > de 60 anos)

Embargada: V. ACÓRDÃO DE FLS. 60/64

Apelante: VERA LUCIA SALVADORI MOURA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FERAL DALDICE SANTANA

Classe do Processo: AC 1484441

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/08/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA.

1. A decisão embargada adotou tese jurídica diversa do entendimento do embargante.
2. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo.
4. O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator.
5. Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.
6. A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante. Pretende o recorrente, nesta sede, rediscutir argumentos já enfrentados pela decisão recorrida.
7. Recurso desprovido. Decisão mantida.

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, receber os embargos de declaração como agravo e negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de julho de 2014.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA(Relatora):

Trata-se de embargos de declaração apresentados pela segurada em face da decisão que que rejeitou a preliminar suscitada e deu parcial provimento a seu recurso, apenas para afastar

a condenação na verba honorária destes embargos.

Aponta omissão na decisão: “(...) o v. acórdão exequendo teve seu trânsito em julgado em 8/11/2006. O julgamento do STF contrariando a tese adotada no acórdão exequendo é de 8/2/2007, portanto posterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda, sendo que o trânsito em julgado do acórdão do STF é de 07/11/2007, ou seja, um ano após o trânsito em julgado da decisão que se objetiva executar. A decisão embargada, data vênua, omitiu-se em pronunciar-se sobre o tópico acima referido (...)”.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA(Relatora):

Inicialmente, nos termos do artigo 535 do CPC, cabem embargos de declaração quando “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

A decisão embargada adotou tese jurídica diversa do entendimento do embargante.

Descaracterizada está, portanto, a existência de obscuridade, contradição ou omissão.

Assim, recebo os embargos de declaração como agravo, por ser o recurso adequado à parte.

Ademais, o C. Superior Tribunal de Justiça tem recebido os embargos declaratórios como agravo, em atendimento aos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual.

Nesse sentido, a jurisprudência de que são exemplos os seguintes julgados:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO. POSSIBILIDADE. FUNGIBILIDADE RECURSAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REQUISITO PARA O DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS. INOCORRÊNCIA.

I - Em homenagem aos princípios da economia, da instrumentalidade e da fungibilidade, os embargos declaratórios que buscam efeitos exclusivamente infringentes podem ser recebidos como agravo interno.

II - O dissídio jurisprudencial invocado em embargos de divergência deve ser demonstrado da mesma maneira que no recurso especial interposto sob o fundamento da alínea “c” do permissivo constitucional, ou seja, mediante realização de cotejo analítico entre os acórdãos confrontados com a mesma base fática, o que não ocorreu no caso dos autos. embargos de declaração recebidos como agravo Regimental e improvido.

(STJ, 2ª Seção, Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 878911, Processo 200800083089-RS, DJU 24/04/2008, p. 1, Relator MIN. SIDNEI BENETI, decisão unânime)

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC - PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO - CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS COMO AGRAVO REGIMENTAL - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA ARGÜIDA APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Se a petição de embargos declaratórios impugna a decisão recorrida em sua totalidade, com requerimento de reforma do julgado, traduz-se, a bem da verdade, em agravo regimen-

tal. Diante da fungibilidade recursal, os embargos declaratórios podem ser tomados como agravo regimental.

2. Não é possível, após o julgamento do recurso especial que entendeu ser aplicável a Súmula 284 do STF no tocante à alegação de violação do art. 535 do CPC, desenvolver novos argumentos na busca do conhecimento do especial nesta parte.

3. No que diz respeito ao pedido de reconhecimento de matéria de ordem pública superveniente, qual seja, a de que o STF afastou a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa para a responsabilização dos agentes políticos, devendo o processo ser, desde já, extinto sem resolução do mérito, importa dizer que este tribunal, inserido em sua competência constitucional como instância superior, não se coaduna do regramento de uma Corte de Revisão, mas sim de uma Corte de Cassação, nos moldes específicos do art. 105, III, da CF, sendo necessário, nessa parte, o prequestionamento. Embargos declaratórios conhecidos como agravo regimental. agravo regimental improvido.

(STJ, 2ª Turma, Embargos de Declaração no Recurso Especial 624996, Processo 200301831338-PR, DJU 24/03/2008, p. 1, Relator MIN. HUMBERTO MARTINS, decisão unânime)

Passo à análise das razões.

A decisão recorrida abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante.

Pretende o recorrente rediscutir argumentos já enfrentados pela decisão recorrida.

Reitero, por oportuno, alguns dos fundamentos expostos quando de sua prolação:

(...) Conforme revelam os autos apensados, a autora propôs ação para obter revisão de pensão por morte, que foi acolhida para determinar a alteração do coeficiente para 100% do salário-de-benefício e o pagamento das diferenças daí decorrentes.

Em 08/11/2006, ocorreu o trânsito em julgado dessa decisão.

A parte exequente apresentou conta de liquidação, conforme fls. 113/117.

O INSS opôs estes embargos, sob a alegação de ser inconstitucional a coisa julgada.

Esse pedido foi acolhido e, na sequência, a segurada apelou.

Embora, em tese, seja possível sustentar o esgotamento do ciclo de debates acerca dos critérios utilizados no cálculo de liquidação, o interesse público, que envolve o sistema previdenciário e os recursos fazendários, não admite que, cegamente, a Justiça permaneça inerte em face de enriquecimento sem causa do segurado, a pretexto da vetusta regra *dormientibus non succurrit jus*, inadequada e inaplicável a direitos e recursos financeiros indisponíveis, afetados por sua destinação pública e social, bem como no caso de tratar-se de inconstitucionalidade. No caso, ocorreu a denominada “coisa julgada inconstitucional”, por ter sido determinado o recálculo da pensão com base em legislação posterior a sua concessão.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o seguinte entendimento, aplicável à espécie, no julgamento dos Recursos extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, em 8/2/2007, ambos da relatoria do MIN. GILMAR MENDES:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, ‘A’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995).

1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994, recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei nº 9.032/1995.

2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei no 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.
3. Pedido de intervenção anômala formulado pela União Federal nos termos do art. 5º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 9.469/1997. Pleito deferido monocraticamente por ocorrência, na espécie, de potencial efeito econômico para a peticionária (DJ 2.9.2005).
4. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5º, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e i) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5º, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total).
5. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido.
6. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) no 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. MIN. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE no 418.634/SC, Rel. MIN. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE no 451.244/SC, Rel. MIN. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005.
7. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei no 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei no 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998.
8. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio *tempus regit actum* quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE no 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. MIN. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) no 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. MIN. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) no 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. MIN. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS no 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. MIN. Marco Aurélio, DJ 10.4.2005.
9. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5º, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE no 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. MIN. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE no 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. MIN. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão MIN. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE no 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. MIN. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) no 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. MIN. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) no 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. MIN. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE no 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006.
10. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresse, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE no 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. MIN. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.
11. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4º).
12. Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada.
13. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da

dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI's no 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. MIN. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, MIN. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005.

14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, *caput*), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei no 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.

16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art. 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida.

17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido.”

No julgamento do RE Nº 320.179, em 9.02.2007, rel. MIN. Carmen Lúcia, sob o título “Julgamento de Listas pelo Plenário: Concessão de Benefício Previdenciário e Legislação Aplicável”, o STF aplicou a orientação fixada no julgamento desses dois recursos extraordinários, julgados na sessão de 8/2/2007, a 4.908 recursos extraordinários interpostos pelo INSS, nos quais se discutia questão idêntica:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO ANTERIOR À LEI Nº 9.032/95. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO. SÚMULA 359 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. Em matéria previdenciária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a lei de regência é a vigente no tempo de concessão do benefício *tempus regit actum*.

2. Lei nova (Lei Nº 9.032/95 para os beneficiados antes do seu advento e Lei Nº 8.213 para aqueles que obtiveram a concessão em data anterior a 1991), que não tenha fixado a retroatividade de seus efeitos para os casos anteriormente aperfeiçoados, submete-se à exigência normativa estabelecida no art. 195, § 5º, da Constituição: ‘Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total’.”

Desse modo, os benefícios previdenciários concedidos sob a égide da legislação anterior às Leis Nº 8.213/91 e 9.032/95 deverão observar os requisitos e os percentuais até então estabelecidos. Assim, nessa parte, o julgado está em dissonância com o texto constitucional, por ter determinado a aplicação desse preceito, inadequadamente.

Em conclusão: há inexigibilidade de parte do título, por estarem os mencionados critérios da condenação em desconformidade com a Lei Maior. Precedentes TRF3: 9ª Turma, AC Nº 2002.03.99.014989-0, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, 3/3/2008, DJF3 28/5/2008; 10ª Turma, AG Nº 2007.03.00.090762-4, j. 18/12/2007, DJU 23/1/2008, p. 668; 8ª Turma, AC Nº 2001.61.83.002118-2, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 11/6/2007, DJU 11/7/2007, p. 472. À vista do inciso II do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o título judicial, quando inconciliável com disposição constitucional, assume contornos de inexigibilidade. (...)

No caso, o trânsito em julgado ocorreu em 08/11/2006; aplicável à espécie é, portanto, a relativização da coisa julgada.

(...).

Repise-se: o fato de o Supremo Tribunal Federal somente ter se manifestado sobre a matéria após o trânsito em julgado da decisão exequenda não tem o condão de alterar o entendimento pela relativização da coisa julgada neste caso.

Daí depreende-se que a decisão recorrida está suficientemente fundamentada e atende

ao princípio do livre convencimento do Juiz, de modo a não padecer de vício que justifique sua anulação.

Outrossim, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados pertinentes ao tema: AgRgMS 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19.06.01, RTRF 49/112; AgRgEDAC 2000.61.04.004029-0, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29.07.04, p. 279.

Com efeito, o artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator, que negará seguimento a “recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (*caput*), ou, ainda, dará provimento ao recurso, se “a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (§ 1º-A).

Diante do exposto, recebo os embargos de declaração como agravo e *nego-lhe provimento*.
É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA

0026166-98.2010.4.03.0000

(2010.03.00.026166-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 339/342

Interessados: GENNY BUENO DE SOUZA E OUTROS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AR 7596

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2014

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. AJUIZAMENTO CONTRA SEGURADOS JÁ FALECIDOS. FATO DE PRÉVIO CONHECIMENTO DA AUTARQUIA. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM A ANÁLISE DO MÉRITO (POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL) EM RELAÇÃO A UMA PARTE DAS RÉS, E DE PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA EM RELAÇÃO À OUTRA RÉ. EXTINÇÃO DO FEITO PELA DECADÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 269, IV, E 295, IV, DO CPC.

1) Se o autor da rescisória tem o prévio conhecimento da incapacidade do réu em ocupar o polo passivo da lide, não se justifica o reconhecimento da ausência de pressuposto processual (art. 267, IV, do CPC), uma vez que o decurso do prazo de dois anos para o seu ajuizamento leva à decadência do direito estabelecido no art. 485 do CPC. Inteligência dos arts. 267, IV, 295, IV, e 495, do CPC.

2) No caso, o falecimento das rés IZABEL RITA DA SILVA GASPERI, MARIA ADELAIDE STRAZZI PAVAO, MARIA COLZATO FRATTA e NAIR CHRISPIM ANGUINONI, antes do ajuizamento da demanda já era de conhecimento da autarquia, pois que procedeu ao cancelamento dos respectivos benefícios. Quanto ao falecimento da ré NAIR GRANZOTO CAPUTO, que veio a falecer no curso da demanda, a autarquia, igualmente, embora ciente da irregularidade no polo passivo, deixou de promover os atos necessários ao ingresso de seus sucessores na lide.

3) Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de julho de 2014.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo regimental de decisão vazada nos seguintes termos:

Trata-se de ação rescisória proposta pelo INSS, com pedido de tutela antecipada, objetivando rescindir julgado que determinou a revisão dos benefícios de pensão por morte, para o fim de majorar o coeficiente de cálculo a ser aplicado sobre o valor das aposentadorias, ao fundamento de violação das normas postas nos arts 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da CF, e art. 75 da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.032/95.

Foi deferida a antecipação de tutela para suspender a execução do julgado e determinada a citação das rés para resposta (fls. 254/255).

As diligências restaram parcialmente cumpridas, conforme segue:

Segurado	Ocorrência
Genny Bueno de Souza	Sem condições de receber citação fl. 304
Izabel Rita da Silva Gasperi	Falecida fl. 304
Maria Adelaide Strazzi Pavão	Falecida fl. 304
Maria Amelia Constantino de Vasconcelos Romanini	Citada fl. 283v
Maria Aparecida Rodrigues Martins	Endereço insuficiente fl. 304
Maria Colzato Fratta	Falecida fl. 304
Maria de Lourdes Pells de Souza	Citada fl. 304
Mary Nancy Bueno Frezzatto	Citada fl. 283v
Nair Chrispin Anguinoni	Falecida fl. 304
Nair Granzoto Caputo	Falecida fl. 304

Instada a se manifestar sobre a certidão de fl. 304, sobreveio a petição da autarquia, às fls. 329/331.

Decido.

A) Com relação a corré GENNY BUENO DE SOUZA determino o aditamento da Carta Precatória expedida para a Comarca de Pedreira/SP, instruindo-o com cópias de fls. 298/304, para que o Sr. Oficial de Justiça, em diligência complementar, informe quem reside com a mesma, já que, conforme certificou, ela “não consegue entender nada que se fala com ela, não tendo condições de receber citação”, fornecendo outras informações que entender relevantes, inclusive se tem curadora, considerando a necessidade de regularização de sua representação nos autos.

B) No tocante a MARIA APARECIDA RODRIGUES MARTINS defiro o pedido, expedindo-se o necessário para a sua citação no endereço informado - Rua Prefeito Otávio Rocha, 268 - Jardim Triunfo - Pedreira/SP;

C) As corrés MARY NANCY e MARIA AMÉLIA já foram citadas, conforme Carta Precatória expedida ao Juízo de Direito da Comarca de Jaguariúna/SP e certidão lavrada por oficial de justiça, às fls. 281/283 verso, restando prejudicado o requerimento formulado relativamente a elas.

D) As demais corrés são falecidas, segundo informações do oficial de justiça e do Sistema IN-FBEN, do Sistema Único de Benefícios DATAPREV/MPAS, juntadas pelo INSS (fls. 332/336), bem como do SCONOM - Pesquisa por Nome, do Sistema de Controle de Óbito, também da DATAPREV, cuja juntada ora determino, conforme abaixo:

Segurado	Data do óbito	Data da cessação do benefício	Data da cessação pelo SISOB
IZABEL RITA DA SILVA GASPERI	12/07/2010	12/07/2010	12/08/2010
MARIA ADELAIDE STRAZZI PAVAO	28/08/2005	28/08/2005	05/09/2005
MARIA COLZATO FRATTA	30/09/2005	30/09/2005	07/11/2005
NAIR CHRISPIM ANGUINONI	27/12/2006	27/12/2006	04/01/2007
NAIR GRANZOTO CAPUTO	15/10/2010	15/10/2010	12/11/2010

O acórdão rescindendo transitou em julgado em 19/09/2008 (certidão à fl. 217) e a ação rescisória foi ajuizada em 23/08/2010 (fl. 2).

Entendo que se uma ação é intentada contra pessoa já falecida, que não mais detém capacidade para ser parte desde o momento em que verificado o óbito, a regra estabelecida no art. 13 do CPC não só autoriza, como determina que o juiz abra oportunidade para a parte autora regularizar o pólo passivo, para sanar o defeito que obsta a formação da relação processual. Verifica-se que os óbitos de Izabel Rita, Maria Adelaide, Maria Colzato e Nair Chrispim ocorreram antes da data da propositura desta ação rescisória.

Com efeito, relativamente a essas corrés, esta ação foi intentada contra quem não mais detinha capacidade de ser parte em demanda judicial, cabendo ressaltar que a própria autarquia tinha conhecimento de seus óbitos, tanto que procedeu à cessação dos respectivos benefícios, conforme demonstrado no quadro acima, com base em documentos que juntou.

Vê-se, no caso, que não existe a possibilidade de redirecionamento desta demanda, através de emenda da petição inicial, com citação de sucessores, porque já transcorrido mais de dois anos do trânsito em julgado do acórdão rescindendo, tendo se operado o transcurso do prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC, sendo certo que o seu art. 43 só tem aplicação na hipótese de falecimento de parte, ou seja, de quem já integre qualquer dos pólos da relação processual.

Com relação a NAIR GRANZOTO CAPUTO, observo que o seu óbito (em 15/10/2010) ocorreu após a propositura da ação (23/08/2010), ou seja, o ajuizamento da demanda deu-se dentro do biênio legalmente estabelecido.

Entretanto, verificado o óbito, a autarquia não promoveu a citação de seus sucessores no prazo decadencial, de forma que de nada adiantará eventual concessão de prazo para chamar os seus sucessores para integrar o pólo passivo, já que consumada a decadência.

Assim, não há de ser deferido o requerimento de expedição de carta de ordem para citação de seu espólio ou eventuais herdeiros, porque já não cabe qualquer aditamento da inicial, uma vez que realizado quando já se encontrava encerrado o biênio decadencial (trânsito em julgado em 19/09/2008).

Confira-se as ementas dos seguintes julgados desta Seção:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. FALECIMENTO DA PARTE RÉ ANTES DA PROPOSITURA, DE QUE TINHA CIÊNCIA O AUTOR. REDIRECIONAMENTO DA DEMANDA APÓS O TRANSCURSO DO BIÊNIO LEGAL. CONSUMAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (CPC, ARTIGOS 269, INCISO IV, E 495).

- A pretensão de se alcançar a formação da relação processual, originalmente, em face de quem não mais ostenta capacidade para ser parte à vista do óbito, requerendo-se a citação dos sucessores somente após o transcurso *do biênio legalmente estipulado para o ajuizamento da ação rescisória, a teor do disposto no artigo 495 do CPC - 'o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão'* -, não livra a parte

autora de ter reconhecida em seu desfavor a consumação da decadência.

- Circunstância que não guarda semelhança com hipótese em que se tem reproduzido entendimento sumulado de que a demora na efetivação da citação não pode ser imputada ao autor se decorrente das dificuldades inerentes ao próprio funcionamento do Poder Judiciário – ‘Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência’ (verbete nº 106 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

- Já neste caso, a angularização, com a ciência da propositura da demanda por aqueles que reuniam condições de receber a citação, sucedeu-se apenas após o transcurso do biênio não por motivos alheios à vontade do autor, e sim exclusivamente por conta de sua desídia em aparelhar a rescisória à mingua da capacidade de estar em juízo da requerida inicialmente indicada para compor a polaridade passiva.

- Porque ciente, o INSS, do falecimento da segurada, cuja comunicação já era de seu conhecimento, nada há a reclamar se, a tempo e modo, não se valeu dos meios dispostos no ordenamento para reverter os efeitos da decisão condenatória, impossível de ser atingida, agora, pela via estreita da rescisória, sujeita a prazo decadencial para ajuizamento, não se desincumbindo o autor do ônus de redirecioná-la contra os sucessores dentro do lapso de dois anos.”

(Agravos Regimental em AR 2008.03.00.033036-7, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 14/03/2013)

“AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. CORRÉ FALECIDA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO E CITAÇÃO DOS SUCESSORES SOMENTE ANTES DO PRAZO DECADENCIAL. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO NA AÇÃO ORIGINÁRIA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS LITISCONSORTES.

1. Constatado o falecimento de corré antes do ajuizamento da ação rescisória, cuja citação dos sucessores ou o aditamento à inicial não foi requerida no prazo decadencial, é de rigor a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC, em relação àquela que não detinha capacidade para estar em juízo, e inafastável é a decadência do direito de propor esta ação rescisória contra os sucessores. Agravo improvido.

2. Possível é a análise do pedido formulado na ação rescisória em relação às demais litisconsortes.

3. Notam-se, na espécie, relações jurídicas autônomas e independentes entre si. O julgado rescindendo atribuiu a cada litisconsorte facultativo o direito individual de ter o seu benefício revisado e de receber quantia certa e distinta de atrasados.

4. Por ser divisível o objeto da decisão, exequível com autonomia e independência, não cabe cogitar de litisconsórcio passivo necessário, restando incólume o decisor transitado em julgado em relação às partes não demandadas. Com mais razão, o julgamento da rescisória pode não ser o mesmo para todas as demandadas.

5. Agravo a que se nega provimento. Prosseguimento do feito em relação às corrés remanescentes.”

(Agravo legal na AR 2007.03.00.098110-6, Rel. para o acórdão Des. Fed. Daldice Santana, j. 14/06/2012)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO NA AÇÃO ORIGINÁRIA. DECADÊNCIA CONFIGURADA EM RELAÇÃO AO CORRÉU FALECIDO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. DECISÃO EXTRA PETITA. OCORRÊNCIA. JULGADO RESCINDIDO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CORRÉUS. IRSM. VARIAÇÃO INTEGRAL. REAJUSTAMENTO DE BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. NÃO CABIMENTO.

1. Não foi superado o biênio imposto à propositura da ação, em relação aos corréus Attilio Sudatti e Valdir Dias.

2. Entretanto, o INSS não promoveu a citação do espólio de Antonio Ferrazo Filho tempestivamente. Este veio aos autos espontaneamente, mas depois do decurso do prazo decadencial.
 3. Ultrapassado o prazo legal de 2 (dois) anos é de rigor a extinção da relação processual, com resolução de mérito, em relação ao espólio de Antonio Ferrazo Filho.
 4. Possível é a análise do pedido formulado na ação rescisória em relação aos demais litisconsortes.
 5. Notam-se, na espécie, relações jurídicas autônomas e independentes entre si. O julgado rescindendo atribuiu a cada litisconsorte facultativo o direito individual de ter o seu benefício revisado, e de receber quantia certa e distinta de atrasados.
 6. Por ser divisível o objeto da decisão, exequível com autonomia e independência, não cabe cogitar de litisconsórcio passivo necessário, restando incólume o decisum transitado em julgado em relação às partes não demandadas. Com mais razão, o julgamento da rescisória pode não ser o mesmo para todos os demandados.
 7. Não há como negar a emissão de julgamento *extra petita* na espécie, porquanto a pretensão ventilada na exordial da ação originária e examinada na sentença é distinta daquela discutida na decisão rescindenda, com a literal violação das normas postas nos artigos 128 e 460 do CPC.
 8. Cabe esta ação rescisória, fundada no artigo 485, V, do CPC, para a desconstituição de decisão *extra petita*.
 9. Em sede de juízo rescisório, a ação subjacente é improcedente.
 10. De janeiro de 1993 a dezembro de 1993, as correções das rendas foram feitas pelo IRSM - Índice de Reajuste do Salário-Mínimo, de acordo com o comando contido no artigo 9º, § 2º, da Lei nº 8.542, de 23/12/1992, que também disciplinou que os reajustes dos benefícios mantidos pela Previdência Social passariam a ser, a partir de maio de 1993, quadrimestrais, nos meses de janeiro, maio e setembro.
 11. Com a revogação da Lei nº 8.700/93, a mera expectativa de direito da parte autora de perceber o reajuste de seus benefícios no mês de maio de 1994, pela variação integral do IRSM, restou prejudicada.
 12. A conversão da renda em URV deve ser realizada conforme os valores nominais dos meses de novembro e dezembro de 1993, com as antecipações que lhes corresponderam.
 13. Quanto aos resíduos de novembro e dezembro de 1993, estes foram incorporados ao reajuste do benefício de janeiro de 1994.
 14. Ação rescisória procedente. Improcedência do pedido formulado na demanda originária em relação aos corréus Attilio Sudatti e Valdir Dias. Sem condenação em honorários advocatícios, em razão da gratuidade da justiça.
 15. Ao Espólio de Antonio Ferrazo Filho, extingo-lhe a relação processual com resolução do mérito, nos termos dos artigos 269, IV e 495 do CPC, e, consequentemente, fixo honorários em desfavor da autarquia, no valor de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais)". (Ação Rescisória 2006.03.00.032134-5/SP, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, j 08.03.2012)
- A corré Maria de Lourdes, citada, apresentou contestação (fls. 307/320).
As corrés Mary Nancy e Maria Amélia, embora regularmente citadas, conforme consta do item "C" acima, não apresentaram resposta aos termos desta ação, razão pela qual decretou-lhes a revelia (art. 319 do CPC).
Ante o exposto, com relação a Izabel Rita da Silva Gasperi, Maria Adelaide Strazzi Pavão, Maria Colzato Fratta, Nair Chrispim Anguioni e Nair Granzoto Caputo, julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos exatos termos dos arts. 269, IV, e 495, do CPC, condenando o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais).
Prossiga-se o feito com relação às corrés Genny Bueno de Souza, Maria Amélia Constantino de Vasconcelos Romanini, Maria Aparecida Rodrigues Martins, Maria de Lourdes Pelles de Souza e Mary Nanci Bueno Frezzato, nos termos acima decididos.
Intime-se.
São Paulo, 03 de outubro de 2013.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI – Relator para o Acórdão
(fls. 339/342)

A autarquia sustenta que, se a razão para o estancamento abrupto da relação processual é a ausência de pressupostos, então a demanda rescisória deveria ter sido extinta sem a análise do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, e não com base na decadência (art. 269, IV, do CPC), pois, segundo a melhor doutrina, as preliminares processuais (pressupostos processuais e condições da ação) antecedem as preliminares de mérito (no caso, a decadência do direito de ajuizar a ação rescisória).

Com relação à ré NAIR GRANZOTO CAPUTO, pede o prosseguimento da demanda, pois o óbito ocorreu após o seu ajuizamento.

É o relatório.

À mesa.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Conforme os precedentes citados na decisão agravada, o tema já foi bastante discutido nesta Seção, e a conclusão adotada é a de que, se o autor da rescisória tem o prévio conhecimento da incapacidade do réu em ocupar o polo passivo da lide, não se justifica o reconhecimento da ausência de pressuposto processual (art. 267, IV, do CPC), uma vez que o decurso do prazo de dois anos para o seu ajuizamento leva à decadência do direito estabelecido no art. 485 do CPC.

No caso, o falecimento das rés IZABEL RITA DA SILVA GASPERI, MARIA ADELAIDE STRAZZI PAVAO, MARIA COLZATO FRATTA e NAIR CHRISPIM ANGUINONI antes do ajuizamento da demanda já era de conhecimento da autarquia, pois que procedeu ao cancelamento dos respectivos benefícios.

Quanto ao falecimento da ré NAIR GRANZOTO CAPUTO, que veio a falecer no curso da demanda, a autarquia, igualmente, embora ciente da irregularidade no polo passivo, deixou de promover os atos necessários ao ingresso de seus sucessores na lide.

De modo que, conforme se observa da decisão agravada, se a autarquia já tinha prévio conhecimento do óbito das partes mencionadas, tanto que procedeu à cessação dos respectivos benefícios, mas, mesmo assim, endereçou a demanda contra quem já não ostentava a capacidade de ser parte, ou deixou de regularizar o polo passivo quando teve conhecimento da irregularidade, o decreto de decadência do direito de propor a ação rescisória era mesmo de rigor.

Embora a autarquia, em prol do seu entendimento, traga o magistério de doutrinadores de escol, lembro que o art. 295, IV, do CPC, autoriza o indeferimento, de plano, da inicial quando o magistrado verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição, o que, nos dizeres de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (CPC COMENTADO E LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL EXTRAVAGANTE EM VIGOR, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 574), é “a única exceção à regra do CPC 267 I, que diz extinguir-se o processo sem julgamento do mérito quando o juiz indeferir a petição inicial”.

No caso, como assinalado, a autarquia já tinha prévio conhecimento dos fatos que impediam o endereçamento da demanda aos réus já falecidos, o que lhe impunha o dever de fazer constar do polo passivo os seus sucessores, razão pela qual nada impede que seja reconhecida a decadência, ainda que no curso da lide, notadamente porque impossível a emenda à inicial.

Por fim, quanto ao precedente do STJ, citado pela autarquia, observa-se da ementa da

decisão do relator que a decisão agravada vai ao encontro das conclusões ali exposta, qual seja, o prévio conhecimento da irregularidade obriga a parte ao seu prévio saneamento:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.000.954 - SC (2007/0253911-9)

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

RECORRENTE : HERMES JOAQUIM SOARES - SUCESSÃO

ADVOGADO : WILZA CARLA FOLCHINI BARREIROS - DEFENSORA PÚBLICA

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR : SILVANA S LAHUTTE E OUTRO(S)

INTERES. : LINDOMAR NASCIMENTO

ADVOGADO : CARLOS SANTOS MARIA

INTERES. : NEY LUIZ VIEIRA BERTONCINI

ADVOGADO : CARLOS SANTOS MARIA

DECISÃO

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE PELO TRIBUNAL A QUO. ÓBITO DO REQUERIDO DESCONHECIDO PELO AUTOR À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO. CITAÇÃO DOS SUCESSORES NO CURSO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES E À PRESTAÇÃO DA JURISDIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. NULIDADE. NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO CONFIRMADO.

1. A jurisprudência deste Tribunal se consolidou no sentido de que, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas e ao fim útil do processo, não se reconhece ou declara nulidade de ato processual quando não demonstrado a existência de efetivo prejuízo às partes ou à prestação regular da jurisdição.

2. Na espécie, os recorrentes, sucessores de beneficiário da previdência social, ajuizaram recurso especial sob o argumento de nulidade dos atos processuais praticados e decadência do direito da pretensão rescisória, uma vez que o trânsito em julgado do acórdão rescindido pelo Tribunal *a quo* ocorreu em 30/4/2001, e a ação rescisória, embora ajuizada tempestivamente em 22/4/2003, foi dirigida contra o Sr. Hermes Joaquim Soares, que havia falecido em 26/10/2001, e a citação dos sucessores, regularizando a relação processual, somente foi determinada em 21/7/2006.

3. No entanto, ante a inexistência de qualquer prejuízo às partes e à regular prestação da jurisdição, e tendo o acórdão recorrido registrado que, com fundamento nos elementos de prova constatou que o INSS somente teve ciência do óbito do requerido em 2/7/2006, quando pleiteou a citação dos sucessores, evidencia-se que tão somente foi aplicado regular curso ao processo, não se caracterizando a apontada nulidade dos atos praticados, motivo pelo qual o pedido recursal não merece provimento.

4. No caso, verificar se o INSS já possuía ciência do falecimento do requerido desde o momento de ajuizamento da ação, é procedimento que encontra vedação na Súmula 7 deste Tribunal, notadamente porque o acórdão impugnado declarou expressamente que nos autos não foi comprovado tal fato.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

Observa-se que, no precedente jurisprudencial citado, o conhecimento do óbito só chegou aos autos durante a sua tramitação. Aqui o conhecimento do óbito já era de conhecimento da autarquia, tanto que procedeu à cessação dos benefícios, mas deixou de tomar as medidas necessárias à regularização do polo passivo da rescisória.

Mantenho, portanto, a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos, negando provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA

0027117-24.2012.4.03.0000

(2012.03.00.027117-2)

Agravantes: GENILDE JOSÉ DOS SANTOS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Autora: GENILDE JOSÉ DOS SANTOS

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Classe do Processo: AR 8887

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2014

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROCESSO INTERDIÇÃO. INCAPACIDADE ABSOLUTA. PRONUNCIAMENTO. AUSÊNCIA. ERRO DE FATO. ART. 485, IX, CPC. OCORRÊNCIA.

1 - O valor probatório do processo de interdição não foi afastado no conteúdo do julgado rescindendo, embora estivesse claramente mencionado como amparo aos fundamentos do pedido expostos na inicial da ação originária.

2 - O pronunciamento a respeito da capacidade para o exercício de atos da vida civil era de extrema relevância para o deslinde da causa, inclusive sob o aspecto da regularidade da representação processual, formalizada por curador nomeado em processo de interdição, e da necessidade de atuação do Ministério Público Federal, o qual reclamou por esclarecimentos a esse respeito.

3 - A ausência de pronunciamento a respeito de prova relevante para o deslinde da causa importa na ocorrência de erro de fato e autoriza a rescisão do julgado com base no inciso IX do art. 485 do CPC.

4 - Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório e votos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2014.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES - Relator para o acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de embargos de declaração interposto de decisão que, nos termos do art. 285-A

do CPC, julgou improcedente pedido de rescisão de julgado que julgou improcedente pedido de aposentadoria por invalidez.

A decisão embargada está vazada nos seguintes termos:

Trata-se de ação rescisória de sentença proferida nos autos de ação previdenciária objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou, alternativamente, a manutenção do auxílio-doença.

A autora sustenta que o decisum, ao julgar improcedente o pedido inicial, incorreu em violação a literal disposição de lei, bem como em erro de fato (CPC 485, V e IX), resultante de atos ou documentos da causa, na medida em que houve inobservância de preceitos da legislação civil, previdenciária e processual civil, especialmente no que se refere à valoração do laudo pericial judicial e aos efeitos da interdição da segurada no âmbito do processo previdenciário. Alega a ocorrência de irregularidade na instrução do feito nos seguintes termos:

“o processo teve julgamento *a quo* antecipado, sem atenção ao rito ordinário dessa ação de conhecimento, de natureza declaratória, de caráter alimentar, em fase instrutória do processo, sem, contudo, ter sido respeitado o trâmite legal, em que a requerente não pode requerer a produção de outras mais provas a demonstrar a verdade real, nem manifestar-se adequadamente a ampla defesa e ao contraditório.

Porém, face ao julgamento antecipado da lide, em que não foi realizada a oportunidade ao contraditório e a ampla defesa, apesar das perícias médicas administrativas concluírem pela incapacidade laboral da requerente para o trabalho, ainda assim houve sentença injusta que viola literal disposição de lei.

Portanto, se tratando de controvérsia dos fatos alegados em que o juízo *a quo* não se sentia seguro quanto ao deferimento do pedido referente à declaração de incapacidade laboral da requerente para o desempenho do cargo de faxineira, ou manicure julgar procedente o direito vindicado, restar-lhe-ia dar continuidade na fase instrutória deferindo de primeiro momento uma nova perícia.

Dessa forma, faz-se necessário rescindir a sentença e determinar a instrução processual, especialmente com a realização do contido acima e abertura de vistas para manifestação da requerente a qual requererá caso necessário outras provas mais, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça” (fls. 54).

Aduz que o caso concreto exige a aplicação do princípio do *in dubio pro misero*, ao argumento de que o laudo médico judicial, que orientou o entendimento do julgado objeto desta rescisória, destoa dos demais elementos do conjunto probatório.

Pede a procedência da ação para que seja rescindida a sentença e uma nova seja proferida, declarando a existência de incapacidade laboral para o trabalho habitual da autora desde a alta programada em 30.07.2007, com o restabelecimento do auxílio-doença desde o conhecimento administrativo da incapacidade laboral.

É o relatório. Decido.

De início, rejeito a alegação de desrespeito à regular instrução processual, bem como aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A incapacidade exige prova técnica, feita por perícia médica do INSS ou do juízo. O feito subjacente foi regular e satisfatoriamente instruído, tendo sido carreados aos autos documentos e informações suficientes e hábeis a permitir a adequada apreciação das provas e devida composição da lide.

A sentença que se pretende rescindir tem, no essencial, o seguinte teor:

“Em primeiro lugar verifico se a autora encontra-se incapacitada e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 42, da Lei 8.213/91). No que diz respeito a este aspecto, o laudo do perito nomeado pelo juízo conclui taxativamente pela não incapacidade da autora. Ora, conforme o parecer do médico que a examinou, foi realmente constatado que a mesma apresenta transtornos dissociativos descritos no código CID - F 44.8. Mas que esta patologia não a incapacita para o trabalho (fls. 83). Então, em assim sendo, não

posso reconhecer o seu direito à aposentadoria, eis que a autora não se encontra incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Deixo anotado que não há como analisar o pedido da autora como auxílio-doença que representa um *minus* em relação ao pedido principal que é o de aposentadoria por invalidez. Isto porque, conforme já enfatizado, o laudo pericial não concluiu pela incapacidade.

Com o não atendimento ao requisito da incapacidade, resta prejudicada a análise da condição de segurada e do cumprimento do período de carência.”

Aplico o disposto no art. 285-A do CPC, que dispõe:

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).

Nos dizeres de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (Código de Processo Civil e Legislação Extravagante, 10ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pg. 555) “A norma comentada é medida de celeridade (CF 5º LXXVIII) e de economia processual, que evita a citação e demais atos do processo, porque o juízo já havia decidido questão idêntica anteriormente. Seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais atos do processo, quando o juízo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor.”

Nos autos da Ação rescisória nº 2009.03.00.027503-8, em sede de agravo regimental julgado em 26/08/2010, de relatoria da Des. Federal VERA JUCOVSKY, esta Terceira Seção se posicionou, por unanimidade, pela viabilidade de apreciação do mérito da questão em decisão monocrática terminativa, se reiteradas as decisões do colegiado desacolhendo o pedido posto na rescisória. Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. APOSENTADORIA POR IDADE A RURÍCOLA. NÃO OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. RECURSO DESPROVIDO.

- Rejeitada a matéria preliminar arguida pela autarquia, de ausência de documento essencial.
- Não há óbice à aplicação do art. 285-A do CPC em ações de competência originária dos Tribunais, desde que satisfeitas todas as exigências legais inerentes à espécie.
- A ocorrência ou não, na hipótese dos autos, da circunstância prevista no inc. IX do art. 485 do código processual civil consubstancia tema de direito, a permitir o julgamento da causa pelo art. 285-A do CPC. Improcedência do pedido rescisório.
- Matéria preliminar rejeitada. Agravo regimental desprovido.”

O pedido de rescisão improcede.

A ação rescisória não é recurso.

Nas palavras de PONTES DE MIRANDA (TRATADO DA AÇÃO RESCISÓRIA / PONTES DE MIRANDA; atualizado por Vilson Rodrigues Alves. - 2ª ed. - Campinas, SP: Bookseller, 2003), a ação rescisória é julgamento de julgamento. Seu objetivo não é rescindir qualquer julgado, mas somente aquele que incida numa das específicas hipóteses do art. 485 do CPC, autorizando-se, a partir da rescisão e nos seus limites, a análise do mérito da pretensão posta na lide originária.

“A ação rescisória, julgamento de julgamento como tal, não se passa dentro do processo em que se proferiu a decisão rescindenda. Nasce fora, em plano pré-processual, desenvolve-se em torno da decisão rescindenda, e, somente ao desconstituí-la, cortá-la, rescindi-la, é que abre, no extremo da relação jurídica processual examinada, se se trata de decisão terminativa do feito, com julgamento, ou não, do mérito, ou desde algum momento dela, ou no seu próprio começo (e.g., vício da citação, art. 485, II e V) a relação jurídica processual. Abrindo-a, o juízo rescindente penetra no processo em que se proferiu a decisão rescindida e instaura o iudicium rescissorium, que é nova cognição do mérito. Pode ser, porém, que a abra, sem ter de instaurar esse novo juízo, ou porque nada reste do processo, ou porque não seja o caso de

se pronunciar sobre o mérito. A duplicidade de juízo não se dá sempre; a abertura na relação jurídica processual pode não levar à tratção do mérito da causa: às vezes, é limitada ao julgamento de algum recurso sobre quaestio iuris; outras, destruidora de toda a relação jurídica processual; outras, concernente à decisão que negou recurso (e então a relação jurídica processual é aberta, para que se recorra); outras, apenas atinge o julgamento no recurso, ou para não o admitir (preclusão), ou para que se julgue o recurso sobre quaestio iuris. A sentença rescindente sobre recurso, que continha injustiça, é abertura para que se examine o que foi julgado no grau superior, sem se admitir alegação ou prova que não seria mais admissível, salvo se a decisão rescindente fez essa inadmissão decisão motivo de rescisão. (Sem razão, ainda no direito italiano, Francesco Carnelutli, *Instituzioni*, 3ª ed., I, 553.) Tudo que ocorreu, e o iudicium rescindens não atingiu, ocorrido está: o que precluiu não se reabre; o que estava em preclusão, e foi atingido, precluso deixou de estar. Retoma-se o tempo, em caso raro de reversão, como se estaria no momento mais remoto a que a decisão rescindente empuxa a sua eficácia, se a abertura na relação jurídica processual foi nos momentos anteriores à decisão final no feito.” (pgs. 93/94)

...

“Na ação rescisória há julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue. É remédio jurídico processual autônomo. O seu ‘objeto’ é a própria sentença rescindenda, - porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença: a *sententia lata et data*. Retenha-se o enunciado: ataque à coisa julgada formal. Se não houve trânsito em julgado, não há pensar-se em ação rescisória. É reformável, ou revogável, ou retratável, a decisão”. (pgs. 141/142).

Começo pelo exame da alegação de erro de fato.

A parte autora apresenta seus argumentos, em suma, nos seguintes termos:

“Assim, a requerente entende que somente o Laudo Oficial, isolado às demais provas, conduziu o juízo *a quo* em erro sobre o fato e não se extrai desse laudo subsídios necessários para sustentar a decisão *a quo*, pois se destoa das demais provas e da verossimilhança do alegado naquele processo, no entanto, para o afloramento da verdade real a convicção deste juízo, que no caso da dúvida existente necessário se faz valer outros meios de provas a serem analisados, nos autos tais como: oitiva das testemunhas, com informantes do juízo os médicos que assistem ao tratamento de saúde da requerente; análise das perícias administrativas; análise do laudo pericial estadual; depoimento pessoal da segurada; nova perícia judicial, com perito técnico em psiquiatria” (fls. 51vº e 52).

Sobre o erro de fato, assim dispõem os §§ 1º e 2º do mesmo art. 485:

“Art. 485. (...) ”

§ 1º - Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º - É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

A doutrina ensina:

“No art. 485, IX, cogita-se da rescisão de sentença que se fundou em erro de fato, resultante de choque com ato, ou com atos, ou com documento, ou com documentos da causa. Uma vez que o erro proveio de fato, que aparece nos atos ou documentos da causa, há rescindibilidade. O juiz, ao sentenciar, errou, diante dos atos ou documentos. A sentença admitiu o que, conforme o que consta dos autos (atos ou documentos), não podia admitir, a despeito de não ter sido assunto de discussão tal discrepância entre atos ou documentos e a proposição existencial do juiz (positiva ou negativa). Em consequência do art. 485, IX, e dos §§ 1º e 2º, a sentença há de ser fundada em ter o juiz errado (se a sentença seria a mesma sem erro, irrevocável seria). Mais: se, pelo que consta dos autos (atos ou documentos), não se pode dizer que houve erro de fato, rescindibilidade não há. Na ação que se propusesse nenhuma prova seria de admitir-se.

Se houve discussão, ou pré-impugnação do erro, ou qualquer controvérsia a respeito, com ou sem apreciação pelo juiz, ou se o próprio juiz, espontaneamente, se referiu ao conteúdo do que se reputa erro e se pronunciou, afastada está a ação rescisória do art. 485, IX. (...)” (Pontes de Miranda, *in* “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo VI, Editora Forense, 3ª edição, 2000, atualização legislativa de Sergio Bermudes, págs. 246/247).

No caso, a condição da incapacidade laboral da autora foi objeto de controvérsia no processo originário com realização de perícia médica, tendo havido, sobre a questão, expresso pronunciamento pelo magistrado de 1º grau (fls. 241/242).

Não houve apelação dessa sentença.

Como se vê, o julgador analisou o fundamento exposto pela parte autora, apreciou a prova, e concluiu que a autora não estava incapacitada para o trabalho.

De modo que, se houve discussão/controvérsia a respeito dos fundamentos de fato e de direito em que se apoiava a pretensão do reconhecimento da incapacidade narrada na inicial, não há como deixar de reconhecer que houve pronunciamento judicial sobre o fato, de modo a incidir o óbice do § 2º do art. 485 do CPC.

Em casos tais, a conclusão é inarredável, ou seja, se o magistrado entendeu que não foi comprovado o fato constitutivo do direito (incapacidade para o trabalho), o pleito inicial deveria ser mesmo indeferido, nos termos do que preceitua o art. 333, I, do CPC.

Isso só vem a demonstrar que a concessão do pleito de rescisão, necessariamente, passa pela reanálise da prova produzida na demanda originária.

Poder-se-á afirmar que a prova não foi bem analisada, mas a ação rescisória não se presta a tal finalidade, tal como se dá na via recursal. Embora a lei expressamente admita a rescisão por erro de fato, o erro de direito, o que causa a injustiça da decisão, não é fundamento para desconstituição da coisa julgada. São comuns ações rescisórias em matéria previdenciária fundamentadas em erro de fato. O que normalmente acontece é que o fundamento é equivocado, com o intuito de dar conotação de erro de fato à apreciação das provas que não foi favorável ao autor. Como não há enquadramento possível para pedir na rescisória a reanálise das provas, por não se tratar de recurso, tenta-se convencer o Tribunal de que o juiz incorreu em erro de fato.

Tendo havido apreciação do conjunto das provas e tendo o magistrado expendido os motivos de fato e de direito em que escorou sua convicção, não há falar em erro de fato, mas, sim, em intenção de que, no bojo da rescisória, haja novo julgamento, o que não se admite por não tratar-se de recurso.

Nesse sentido, a doutrina de PONTES DE MIRANDA (Tratado da Ação rescisória; atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 2ª ed., Campinas-SP, Ed. Bookseller, 2003).

“§ 36. Sentenças injustas e sentenças rescindíveis

1. Sentenças injustas. As sentenças em que se infringe direito em tese são injustas e rescindíveis. As sentenças em que se viola a coisa julgada formal são rescindíveis, se bem que possam não ser injustas. As sentenças que se apóiam em falsa prova são injustas e rescindíveis, ou justas, se o fundamento na falsa prova não é o único, e irrevocáveis. As sentenças injustas que não caibam numa das espécies do art. 485 ou do art. 486 do Código de Processo Civil são injustas, porém não rescindíveis. Uma das espécies de sentenças injustas não-rescindíveis é a das sentenças que apreciaram, sem exatidão, a prova. Dizia o art. 800 do Código de Processo Civil: ‘A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.’ Hoje, não está isso no Código de Processo Civil de 1973, mas os enunciados são verdadeiros. É possível, porém, que se componha outro pressuposto de rescindibilidade.

2. Injustiça e má apreciação da prova. O direito objetivo, o direito *in thesi*, é o que se não deve violar, sob pena de rescindibilidade. Uma coisa é a sentença injusta, em seu conjunto, ou em seus pormenores, contra o direito subjetivo, a pretensão, invocada pela parte, já protegida pelos recursos, e outra, a sentença que fere o direito objetivo, cuja realização é finalidade do

processo promover e assegurar. Daí a diferença entre *sententia lata contra ius litigatoris* (Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria*, III, 142, s.), que viola o direito *in hypothesi*, não suscetível de rescisão (Supremo Tribunal Federal, 10 de maio de 1933, 14 de janeiro e 5 de setembro de 1914; Corte de Apelação do Distrito Federal, 1º de agosto de 1930 e 24 de maio de 1933; Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de abril, 15 de maio e 19 de setembro de 1931; Corte de Apelação do Distrito Federal, Câmaras Reunidas, 17 de agosto de 1916), e a sentença contra *lex expressa*, ou, melhor, contra *ius in thesi*, contra o direito na totalidade da sua existência social, do seu ser normativo. A jurisprudência é torrencial (Supremo Tribunal Federal, 18 de outubro de 1920, 9 de junho de 1923 e 23 de outubro de 1925; Corte de Apelação do Distrito Federal, 9 de julho de 1920; Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de março de 1931; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 18 de março de 1930). Na velha jurisprudência, corretamente, - a Relação do Rio de Janeiro, a 13 de novembro de 1874 e a 24 de setembro de 1875. Certa vez o Supremo Tribunal Federal (13 de setembro de 1929) julgou ser carecedora de ação pessoa que invocara a Lei nº 2.924, de 5 de janeiro de 1915, por ser matéria de injustiça, e não de violação de direito em tese, uma vez que o juiz apreciara a qualidade, ou não, de funcionário federal. Disse o acórdão: 'O que decidiu o acórdão rescindendo foi que o art. 125 da Lei nº 2.924 não se aplicava ao autor, por não ser ele funcionário federal, quando aquele dispositivo de lei outorgava somente aos empregados federais a garantia da estabilidade no cargo, na hipótese de terem mais de dez anos de efetivo exercício. É claro, pois, que a decisão rescindenda não feriu o direito em tese ou expressa disposição da lei. Ao contrário, aplicou-a à espécie, consoante a inteligência que lhe pareceu acertada e conforme o modo por que conceituou o fato sujeito à sua apreciação. Se esse fato não foi bem apreciado e se a decisão foi injusta, o caso seria de violação do direito em hipótese, o que não dá lugar à ação rescisória, que, em homenagem e em respeito ao princípio da coisa julgada, somente é admitida nos casos expressamente prefixados em lei.' Há confusão. Certamente, o decidir sobre a prova dos dez anos constituiria, por parte do juiz, apreciação do fato; não assim o julgar sobre qualidade de funcionário público federal, que é conceito legal, e não matéria de prova. A questão, nesse ponto, era só de direito, podia, em consequência, ter havido a violação do direito em tese. Se o direito violado, para servir de pressuposto à ação rescisória, fosse *in hypothesi*, ter-se-ia de verificar a justiça ou injustiça da proposição do juiz sobre matéria de fato. Não é possível isso: se a sentença apreciou bem ou mal (injusta contra *ius litigatoris*) a prova, isto é, se foi acertada, ou não, quanto a hipótese, a decisão não pode ser rescindida. O juiz rescindente, se o tivesse de apurar, veria todo o processo, julgaria de novo. Caberia o dito da L. 5 de Diocleciano e Maximiano (C., de re iudicata, 7, 52): *Nec enim instaurari finita rerum iudicarum patitur auctoritas*. Mas a exclusão de pressuposto que está na lei ou a atribuição do que nela não está constitui ofensa à lei, ao *ius in thesi*. Outrossim, o limitar ou dilatar o campo de incidência da regra jurídica. A regra de direito tem os seus pressupostos subjetivos (legitimações ativa e passiva) e objetivos (inclusive forma e *condiciones iuris*), a sua norma ou mando, a sua extensão material, a sua aplicação espacial (direito internacional privado, interlocal etc.) e temporal (início e fim da sua incidência).

A violação que se aprecia não é a do direito *in hypothesi*, e sim a do direito *in thesi*. É bem certo isso. Também é certo que se não desce ao exame, sequer, da injustiça manifesta, no caso. Porém nada disso quer dizer que se haja de apreciar o direito *in abstracto*: o direito violado há de ser o direito *in thesi*, mas concretamente considerado. O exemplo esclarece. O juiz, que tinha de aplicar a regra jurídica do art. 1.637 do Código Civil ao pai dilapidador dos bens do filho, elogiou a lei, reconhecendo-lhe a alta significação social e por fim suspendeu-lhe o poder familiar, dizendo haver colisão de interesses (art. 1.692). É caso de rescisão, porque o art. 1.637 foi violado. Outrossim, se, censurando o art. 1.637, o não aplicou. Ocorrendo, porém, que o juiz viole o direito *in abstracto*, sustentando princípios que não são os do direito, ou negando os verdadeiros, e, no entanto, ao concluir, aplique a regra do pedido ou da defesa, sem violar, *in casu*, o direito *in thesi*, a rescisão não se dá. Acertou, a despeito das suas dúvidas

e das escusadas digressões.

Ordinariamente, a violação do direito *in abstracto* e a do direito *in concreto* se separam, quando se trata de *ius non scriptum*: ou o juiz reconhece a regra, e não a realiza (a realização do direito objetivo é essencial à sua função), ou a realiza, negando-lhe a existência. Ali, viola o direito em concreto, e não o em abstrato; aqui, o direito em abstrato, e não o em concreto. Tal cisão pode decorrer de ignorância, de erro, de simulação ou dissimulação do juiz; mas só a violação do direito em tese, concretamente considerado, torna rescindível a sentença. Pena é que alguns julgados confundam o direito em tese (contrário a direito em hipótese) e o direito em abstração (contrário a direito em concreto). Exemplo temos em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (4ª Câmara Civil), a 15 de junho de 1932, onde se diz ‘embora o acórdão rescindendo esteja abstratamente conforme o direito’, quando se queria dizer ‘esteja, em tese e concretamente, conforme o direito’, isto é, não só abstratamente e sem se levar em conta a hipótese.

Se aos juízes do tribunal de rescisão chegar o feito, devem eles, ao dar as razões de afastar a ação, mostrar o ponto em que só se violou *in abstracto*, porque não devem eles perder ensejo de servir à verdade jurídica, ainda que não se dê, concretamente, a violação. São mesmo a isso obrigados, pois que lhes cabe decidir na espécie e, no *iudicium rescinden*, a violação do direito em abstrato, em vez da violação do direito em concreto, constitui questão a ser por eles apreciada, dado o ‘julgamento de julgamento’, que é a rescisória. A rescisão é de interesse público quanto à expressão do direito e quanto ao seu respeito.

3. Má apreciação da prova e ação rescisória de sentença. Estatua o art. 800 do Código de Processo Civil de 1939: ‘A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.’ O Código de Processo Civil de 1973 não repôs tal regra jurídica, mas o princípio independe de texto legal. Os pressupostos para a ação rescisória constam dos arts. 485 e 486, e de modo algum se pode levar adiante a rescindibilidade das decisões. A má apreciação da prova não é suficiente para fundamento da rescisão. Cumpre, porém, entender-se o que se conceitua como ‘má interpretação da prova’. Aprecia-se a prova, ou medindo e pesando o que vale como dado de fato, sejam embora indícios, para se saber se é verdadeira ou falsa alguma afirmação (comunicação de conhecimento) das partes e dos que podem, nos processos, afirmar (atividade do juiz que assaz se aproxima da atividade do cientista), ou se acede à prova porque a lei mesma ordenou que o juiz atendesse a ela. Aí, a medida e o peso da prova não são próprios da prova, ainda quando coincida ser o exato. O juiz deixa o campo do seu convencimento (art. 131), para obedecer a regras legais sobre admissão, valor e atendibilidade da prova. Se é certo que, na teoria da livre apreciação da prova, a boa ou má apreciação corre por conta do juiz, e é a isso que se alude, ainda restam muitos casos da antiga teoria probatória formal, que ligava o juiz a regras fixas sobre a forma (regras de lei). De modo que ainda existem regras legais sobre prova, inclusive quanto ao valor dos documentos, quanto a pessoas a quem a lei proíbe de depor e quanto a presunções. Sirva de exemplo o princípio de que a validade e eficácia da confissão não dependem da aceitação da parte a quem beneficiar. Se o juiz aprecia a prova e funda o seu julgamento em que, não tendo a outra parte aceito a confissão, prova não houve, viola o princípio. Não há somente, nesse caso, má apreciação da prova, e sim infração de princípio, salvo se há provas contra a confissão. Assim, a respeito de todas aquelas regras jurídicas de que falamos. Aí cabe a ação rescisória por infração do direito em tese. Noutros termos: sempre que se deixa de atender a regra legal, mesmo sobre prova a ação rescisória cabe.” (pgs. 392/396). Grifei.

De maneira que, se o magistrado analisou o pedido (concessão de aposentadoria por invalidez ou, alternativamente, a manutenção do auxílio-doença) e concluiu por sua improcedência, não há como sustentar que tenha havido erro de fato, pois que, para isso, ter-se-ia que reanalisar todo o feito originário, o que não se coaduna com os objetivos da ação rescisória.

Nesse sentido, é tranqüila a jurisprudência desta Terceira Seção:

“AÇÃO RESCISÓRIA - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PEDIDO RESCISÓRIO EM-

BASADO NO ARTIGO 485, INCISOS V e IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

...

7 - Em nome da segurança jurídica, não se pode simplesmente rescindir uma decisão acobertada pelo manto da coisa julgada por mero inconformismo das partes. Na situação em apreço, inquestionável que a autora pretende o reexame da causa, o que não se coaduna com a via excepcional da ação rescisória. Tanto é que parte das razões da exordial se sustenta no voto-vista vencido, sem destacar circunstâncias relevantes aptas a desconstituir o r. julgado.

8 - Ainda que se reconhecesse o preenchimento da carência exigida à obtenção do benefício previdenciário, a questão da condição física da autora para o exercício da atividade laboral é controversa.

9 - Ação rescisória improcedente.”

(AR 2006.03.00.089646-9/SP, Rel. DES. FED. LEIDE PÓLO, j. 25-11-2010, unânime)

“AÇÃO RESCISÓRIA - PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR IDADE RURAL - PEDIDO RESCISÓRIO FUNDADO NO ARTIGO 485, INCISO IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INOCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

...

- No v. acórdão rescindendo houve a apreciação de toda a prova com análise da prova documental e detalhada verificação da prova testemunhal em confronto com os documentos da autora, evidência essa que obsta o reconhecimento do ‘erro de fato’.

- Em nome da segurança jurídica, não se pode simplesmente rescindir uma decisão acobertada pelo manto da coisa julgada por mero inconformismo das partes. Na situação em apreço, inquestionável que a autora pretende o reexame da causa, o que não se coaduna com a via excepcional da ação rescisória .

...

- Ação rescisória improcedente.”

(AR 1999.03.00.006436-6/SP, Rel. DES. FED. LEIDE PÓLO, j. 12-08-2010, unânime).

Por fim, deixo consignado que a certidão de interdição, lavrada em 14.12.2006, já fora carreada aos autos do feito subjacente, às fls. 12 (fls. 122 dos autos da rescisória), juntamente com a inicial, o que significa dizer que o documento já era de conhecimento do julgador da ação originária, que não viu nele, em conjunto com todos os demais elementos do acervo probatório, força probante suficiente à concessão do benefício.

Registro que o Ministério Público Federal, em manifestação, às fls. 207/209, formulou pedido ao juízo do processo subjacente nos seguintes termos:

“Em relação à qualidade de segurado e cumprimento do período de carência, não há o que se discutir, tais requisitos foram efetivamente preenchidos por ocasião da concessão do benefício de auxílio-doença. Em relação aos demais requisitos há divergência, uma vez que o laudo médico pericial de fls. 78/83, elaborado pelo perito judicial, concluiu não haver incapacidade psíquica que impossibilite o trabalho, por outro lado, a autora é interditada por sentença judicial prolatada pela 4ª Vara Cível desta comarca (processo 2972/2004) por sofrer de insanidade mental.

Desta forma, caso persista a incapacidade da autora legitimando a continuidade da interdição, o Ministério Público Federal requer vista dos autos para apresentar seu parecer. Todavia, caso a interdição seja levantada, não há fundamento legal que legitime a intervenção ministerial no processo.”

Às fls. 211, foi deferido o requerimento do MPF e oficiado o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível daquela Comarca (São José do Rio Preto).

Diante da inércia daquele juízo, o órgão ministerial reiterou o pedido às fls. 237, o qual permaneceu sem resposta, sobrevivendo a sentença de fls. 241/242.

Embora o pedido deduzido pelo órgão ministerial, no sentido de ver esclarecido se os fundamentos que legitimaram a interdição da autora ainda persistiam, não tenha sido atendido, tenho que a ausência de esclarecimento do juízo que proferiu a interdição não constitui ele-

mento preponderante para o deslinde do litígio em exame. Isso porque, no curso da instrução, já haviam sido juntados laudos favoráveis à parte autora que atestavam a sua incapacidade laborativa, circunstância que não impediu o magistrado de extrair do laudo elaborado pelo perito judicial (desfavorável à parte autora) elementos de convicção que lhe conduziram à conclusão pela improcedência do pedido inicial. Além do mais, tal pleito não foi formulado porque o representante ministerial tenha afirmado que a decretação de interdição vincule os pronunciamentos *judiciais* proferidos nos processos previdenciários, mas sim para aferir se havia fundamento legal que legitimasse a intervenção ministerial no processo.

No concernente à força probante da sentença de interdição em feitos previdenciários, entendo que ela possui o mesmo valor de que desfrutam todos os demais meios de prova admitidos no direito processual.

Importa sublinhar, ademais, que o comando derivado da sentença de interdição, a exemplo do que ocorre com a generalidade das decisões, cujo conteúdo envolva discussão em torno do estado de pessoas, alberga implicitamente a cláusula rebus sic stantibus. Ou seja, a eficácia que deriva de seu comando está subordinada à situação de fato vigente ao tempo em que foi proferida, o que não impede que venham a ocorrer alterações futuras no quadro fático.

Não se está com isso querendo dizer que, no caso dos autos, é certa a alteração do estado psíquico da parte autora entre a data da feitura do laudo que ensejou a sentença de interdição e a data do laudo do perito judicial. O que se está a reconhecer é a possibilidade de existir referida alteração, o que, por si só, pode justificar a divergência entre os laudos citados.

Some-se a essa circunstância a compreensão acerca da distinção necessária entre incapacidade civil, instituto mais proximamente moldado à regulação de atividades negociais da esfera civil, e a incapacidade para as atividades laborais, cujos contornos são inspirados pela disciplina específica do direito social.

Maria Helena Diniz destaca as seguintes acepções possíveis para a exata compreensão do instituto da incapacidade:

“1. Falta de preenchimento de condições para o exercício de determinada função ou atividade ou para a prática de certo ato. 2. Inaptidão legal ou ausência de qualificação natural. 3. Condição daquele que, por lei ou falta de condições físicas encontra-se impossibilitado de exercer certo direito. 4. Ausência de requisitos exigidos para o exercício do direito. 5. Impossibilidade material para a realização de certo serviço.” (Dicionário Jurídico, v. 2, Editora Saraiva, p. 799). Na seara do direito privado, chama-se de incapacidade civil, genericamente, à restrição legal (total ou parcial) ao exercício do direito ou da prática pessoal dos atos da vida civil.

De outra sorte, a incapacidade regulada nos domínios do direito previdenciário ostenta características próprias, cuja análise se subordina a critérios específicos, mais alinhados com os princípios constitucionalmente traçados para a proteção social.

Conforme já ponderei em outras oportunidades, no campo do direito previdenciário, a invalidez tem definição legal: incapacidade total e impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência do segurado. Cuida-se de incapacidade que impede o segurado de exercer toda e qualquer atividade que lhe garanta a subsistência, sem prognóstico de melhoria de suas condições, sinalizando que perdurará definitivamente, resultando na antecipação da velhice. A incapacidade configuradora da contingência é, exclusivamente, a incapacidade profissional.

Sobre o tema, é esclarecedora a doutrina de Manuel Alonso Olea e José Luis Tortuero Plaza (Manoel Alonso Olea e José Luis Tortuero Plaza, Madrid, Espanha, Editora Civitas S.A, 14ª edição, 1995, p. 260-261):

“tomado em sua totalidade o risco invalidez - considerado como ‘enfermidade prolongada’ ou como ‘velhice prematura’, e sempre dominado pela ideia de que seu traço definidor é a redução ou eliminação da possibilidade de obter renda com o trabalho - tem múltiplas dificuldades de cobertura, entre outras razões, por sua variedade; o inválido é uma abstração, sob a qual existem os indivíduos inválidos ‘todos diferentes, cada um com seus próprios problemas

psicológicos e sociais e com sua própria peculiar invalidez’.”

Nessa linha de considerações, não há como acolher a tese sugerida pela parte autora no sentido de que a sentença de interdição proferida no juízo de direito produziria reflexos automáticos e eficácia vinculante sobre feitos previdenciários.

Além do mais, na mesma ordem de ideias, é frequente na jurisprudência da Justiça Federal a apreciação de questões de fato que guardem conexão de prejudicialidade com temas discutidos no bojo de processos judiciais em marcha perante juízos pertencentes a outras searas do Poder Judiciário.

Tome-se, por analogia e a título de exemplificação, o caso relativo à valoração no juízo federal de sentenças homologatórias proferidas na Justiça do Trabalho, as quais, segundo firme orientação jurisprudencial, não constituem prova plena no âmbito de processos previdenciários, devendo ser acompanhadas de outros elementos a compor a convicção do julgador, ou seja, devem ser apreciadas levando-se em consideração todo o acervo instrutório.

Confira-se precedente que dá respaldo a este entendimento:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADOR URBANO. SENTENÇA TRABALHISTA. ANOTAÇÃO NA CTPS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. PROVA MATERIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 472 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou sua jurisprudência no sentido de que a sentença homologatória proferida nos autos de Reclamação Trabalhista é válida como prova material para fins de reconhecimento do tempo de serviço urbano, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e os períodos alegados, sem que isso caracterize ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil.

...

4. Agravo regimental improvido.” (STJ, AGA 520885, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 28.11.2006, unânime, DJ de 18.12.2006, pág. 463).

Da mesma maneira, é comum que questões de fato referentes a estado de pessoas sejam examinadas pelo juízo federal, a exemplo do que ocorre no reconhecimento de união estável como causa de pedir em demandas que envolvam pedido de pensão por morte.

Em todas essas situações, não há empecilho técnico-processual a que o juízo federal examine pontos controvertidos que envolvam questões analisadas em outros setores da Justiça, uma vez que, no curso do processo previdenciário, essa análise se faz em caráter incidental *incidenter tantum*, e não em caráter principal, afastando desse cenário, portanto, qualquer risco de interpretações precárias que sugiram algum tipo de ameaça à autoridade da sentença de interdição.

Acresço que o § 1º do art. 42 da Lei 8.213/91 preceitua que “a concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.”

É a própria lei, portanto, que determina que a incapacidade seja verificada pela entidade autárquica especializada. Caso o médico-perito da previdência conclua pela inexistência de referida incapacidade, abre-se ao segurado a prerrogativa, constitucionalmente assegurada (Art. 5º, XXXV), de buscar o reconhecimento de sua pretensão perante o Poder Judiciário. Ocorre que o art. 109, I, da CF preceitua competir aos juízes federais processar e julgar as causas em que entidade autárquica federal for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e às sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Por mais essa razão, no caso dos autos, não há qualquer vício na apreciação pelo juízo federal da questão relativa à incapacidade da parte autora, o que, aliás,

constitui decorrência peremptória na forma das normas jurídicas de natureza constitucional e infraconstitucional que regem a matéria.

De toda maneira, seja qual for o ângulo por que se examine a questão, é imperioso admitir-se que, na via estreita da ação rescisória, não é possível abrir espaço para apreciação dessa natureza.

Assim, por todas essas razões, afasto a alegação de erro de fato deduzida na inicial.

No que concerne à pretensão de reconhecimento de violação à literal disposição de lei, melhor sorte não assiste à parte autora.

A propósito desse tópico, importa, para conferir melhor enquadramento jurídico à lide e bem definir os limites objetivos do pleito, descrever, no essencial, os termos da longa inicial apresentada:

“O caso presente trata tipicamente de violação da Lei ao Direito invocado, na medida em que a sentença rescindenda não aplicou os comandos da lei processual civil, a lei previdenciária, a lei civil e lei de proteção ao portador de transtorno mental, na integralidade. Por isso, enquadra-se perfeitamente no dispositivo processual supra invocado. A persecução do direito é para aplicabilidade dos comandos que foram informados nesta ação judicial. Diante de tudo o que foi explanado acima, o acometimento dessas patologias, Excelências, acarreta a requerente á paralisação no desempenho de sua atividade habitual, deixou essa de ter meios para sua subsistência e passou a depender de terceiros e do benefício de auxílio-doença previdenciário, o qual sofreu algumas suspensões, o que é defeso pela lei 8.213/91, artigo 62. Com a presente sentença deixou o juízo federal de observar o procedimento vinculado do ente autárquico aos artigos 18, I, a, e III, c; 26, II; 42, parágrafo único; *in fine*, 89; 90; 151, da Lei 42 8.213/91 e artigos 71; 72, II; 76 a 79 e 136 do Decreto 3.048/99; artigos 1, III, 3, III e IV, da CF. Diante disso, a requerente persegue o direito previdenciário, o qual deixou de ser inteiramente aplicado naquele Acórdão, amparada pelo princípio da dignidade humana, artigo 1º, III, 3º, III, IV, da CF, o princípio do *in dubio pro misero*, pois demonstra que vinha sendo provado naquele processo a existência das patologias de natureza psíquica e crônica, com existência de risco ocupacional, havendo contrariedade na sentença *a quo* em não restabelecer o benefício de auxílio-doença, porquanto a previdência social já possuía conhecimento das patologias que causa (sic) incapacidade laborativa e esta segurada, sendo também a destinação da requerida ao atendimento do bem comum descrito no artigo 196, da CF, suprimindo de tal forma a lei previdenciária e os princípios específicos da distributividade e solidariedade constantes do art. 194, da CF, e nos artigos 1º e 4º do Decreto 3.048/99, senão vejamos:

‘Art. 1º A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência à assistência social.

Parágrafo-único. A seguridade Social obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

- 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 - cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente.
- V - irredutibilidade do valor dos benefícios, de modo a preservar-lhes o poder aquisitivo;
- VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutivos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao salário mínimo;
- VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;
- VIII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.”

A leitura da inicial revela a invocação de vários dispositivos legais supostamente violados. É nítido, porém, que a maior parte das referências possui mero caráter retórico e expletivo, não

tendo a parte autora se desincumbido do ônus de precisar, com razoável margem de exatidão, em quais pontos específicos reside a manifesta violação aos dispositivos legais citados. É o que faz, por exemplo, quando cita longos trechos da Constituição Federal, sem demonstrar, ainda que de forma aproximada, em que ponto e em que medida se situa a pretensa violação. Mesmo quando suscita disposições legais que guardem pertinência estreita com os fatos em discussão, não apresenta razões aceitáveis que justifiquem o acolhimento do pedido. A jurisprudência do STJ abriga compreensão estrita acerca da violação à literal disposição de lei para fins de manejo e admissibilidade de ação rescisória, concebendo como tal apenas aquela violação que se mostre direta e frontal contra a literalidade da norma jurídica.

Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA INCABÍVEL. PRETENSÃO DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVA DOS AUTOS. INDEFERIMENTO DA INICIAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO. EMENDA DA INICIAL COM BASE NO ART. 284 DO CPC. DESCABIMENTO.

1.- Embora a jurisprudência desta Corte exija a abertura de prazo para que o autor da rescisória emende a inicial e, somente se não suprida a falha, é que poderá ser decretada a extinção do processo, no caso, a exordial foi indeferida não pela presença de deficiências que, se supridas, poderiam possibilitar o conhecimento e julgamento do mérito da ação, mas por sua manifesta inadmissibilidade, porquanto ausente o seu enquadramento em uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC, não merecendo o Acórdão recorrido, portanto, nenhum reparo.

2.- A viabilidade da ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta, contra a literalidade da norma jurídica, o que não se verifica, na hipótese, sendo inviável sua utilização como meio de reavaliar os fatos da causa ou corrigir eventual injustiça da decisão.

3.- Por outro lado, é impossível a rescisão de sentença, se o fato em torno do qual teria ocorrido erro foi objeto de controvérsia ou pronunciamento judicial no processo de que resultou a decisão rescindenda.

4.- Agravo Regimental improvido.”

(STJ. Terceira Turma. AgRg 1350402/DF. Rel.: Ministro Sidnei Beneti, DJe 04.02.2013).

É de conhecimento geral que a figura da “violação à literal disposição de lei”, de que cuida o art. 485, V, do CPC merece interpretação teleológica, para que compreenda não só violações a leis em sentido formal, mas também às normas oriundas de outras fontes do direito, tais como os princípios de direito.

Todavia, esta compreensão não dispensa a parte autora da rescisória de indicar, de forma minimamente precisa, não somente qual foi o princípio do direito violado, mas, principalmente, qual a razão concreta da violação à vista dos fatos narrados. No caso dos autos, não se encontra motivo plausível para se reconhecer que a rejeição do pedido inicial tenha implicado vulneração aos princípios citados na inicial.

À vista de todos esses fundamentos, não há amparo jurídico para a afirmação da ocorrência de erro de fato, nem de violação à literal violação de lei.

Finalmente, não procede a pretensão da parte autora relativamente à necessidade de aplicação do princípio do *in dubio pro misero*. Invoca tal princípio, afirmando que no caso concreto o laudo médico judicial destoa dos demais elementos do conjunto probatório. O exame dos autos revela que não há amparo para tal argumento.

Na verdade, o juízo, ao analisar as provas, concluiu pela improcedência do pedido inicial, não tendo a hipótese dos autos suscitado qualquer margem de dúvida que pudesse atrair a necessidade de aplicação do princípio citado.

Logo, por qualquer ângulo que se analise o pleito, não há como vislumbrar venha a ser acolhido pelo colegiado da Terceira Seção, razão pela qual não vejo sentido em movimentar toda a máquina judiciária para, ao final, chegar ao único resultado que, reiteradas vezes, tem sido proclamado nesta Seção.

Dessa forma, a improcedência do pedido inicial se impõe, na medida em que, na via da ação

rescisória, não cabe rediscutir a justiça ou injustiça da decisão, entendimento esse que fundamenta e fortalece a tese, solidamente firmada no âmbito da jurisprudência, no sentido de que a rescisória não constitui espécie recursal.

Ante o exposto, nos termos do art. 285-A do CPC, julgo improcedente o pedido.

Intime-se. (fls. 257/266-v)

Sustenta que a decisão se revelou omissa e obscura, uma vez que “não há como o julgador ignorar os fatos, as provas e a Lei e sentenciar na suposição”. Aduz que os documentos constantes dos autos comprovam a incapacidade, razão de ser do pedido de rescisão e, em novo julgamento, a concessão do benefício, ainda que seja o auxílio-doença, o que demonstra a violação aos artigos 18, I, a, e III, c, 26, II, 59, parágrafo único, 42, § 2º, 43, § 1º, b, e 151, da Lei 8213/91, bem como aos artigos 76 a 79 e 136, do Decreto 3048/99, e artigo 199 da Instrução Normativa 20/07.

Assim, pede sejam sanadas a omissão e a obscuridade, inclusive para que seja possibilitado o acesso às instâncias superiores.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Nos termos do art. 535 do CPC, os embargos de declaração são cabíveis quando o *decisum* for obscuro, contraditório ou omissos acerca da questão posta em debate.

No caso, o pedido de rescisão foi recusado ao fundamento de que a ação rescisória não se presta ao reexame da causa, ou seja, não se adentrou ao exame da prova, pois que vedado nesta sede.

Logo, é de se concluir que o que pretende a autora é a modificação do *decisum*, à semelhança do que ocorre com os recursos ordinários.

De modo que os embargos sequer mereceriam ser conhecidos, uma vez que, na verdade, se voltam contra a solução dada à controvérsia, cujo recurso cabível seria o agravo regimental, nos termos dos arts. 250 e 251 do Regimento Interno desta Corte, *verbis*:

Art. 250 - A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator, poderá requerer, no prazo de 5 (cinco) dias, a apresentação do feito em mesa, para que o Plenário, a Seção ou a Turma sobre ele se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

Art. 251 - O agravo regimental será submetido ao prolator da decisão, o qual poderá reconsiderá-la ou submeter o agravo ao julgamento do órgão competente, caso em que computar-se-á, também, o seu voto.

§ 1º - Ocorrendo empate na votação, prevalecerá a decisão agravada.

§ 2º - Na hipótese de ser mantida a decisão agravada, o acórdão será lavrado pelo Desembargador Federal Relator do recurso. No caso de reforma, pelo Desembargador Federal que, por primeiro, houver votado provendo o agravo.

Assim, não havendo dúvida objetiva sobre o recurso cabível, pois, afinal, se o objetivo é a modificação do *decisum*, e não o seu esclarecimento, seria o caso de se ter por caracterizado o erro grosseiro a impedir o conhecimento do recurso.

Contudo, não é esse o posicionamento que vem prevalecendo no âmbito do STJ - em todas as suas seções - que tem decidido converter, desde que no prazo, os embargos de declaração opostos às decisões dos relatores em agravo regimental, sob fundamento de aplicabilidade dos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual:

(STJ, 2ª Seção, Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 878911, Processo 200800083089-RS, DJU 24/04/2008, p. 1, Relator Min. SIDNEI BENETI, decisão unânime)

(STJ, 4ª Turma, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 986286, Processo 200702798999-RS, DJU 22/04/2008, p. 1, Relator Min. FERNANDO GONÇALVES, decisão unânime)

(STJ, 4ª Turma, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 811523, Processo 200601888914-PR, DJU 22/04/2008, p. 1, Relator Min. MASSAMI UYEDA, decisão unânime)

(STJ, 1ª Seção, Embargos de Declaração no Conflito de Competência 91623, Processo 200702693752-RS, DJU 18/04/2008, p. 1, Relator Min. HUMBERTO MARTINS, decisão unânime)

(STJ, 5ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial 955451, Processo 200701193314-RN, DJU 14/04/2008, p. 1, Relator Min. FELIX FISCHER, decisão unânime)

(STJ, 3ª Turma, Embargos de Declaração no Recurso Especial 768652, Processo 200501223109-PR, DJU 11/04/2008, p. 1, Relator Min. SIDNEI BENETI, decisão unânime)

(STJ, 5ª Turma, Reconsideração de Despacho no Agravo de Instrumento 951521, Processo 200702152094-SP, DJU 31/03/2008, p. 1, Relator Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, decisão unânime)

(STJ, 1ª Turma, Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 949551, Processo 200701048008-RS, DJU 26/03/2008, p. 1, Relator Min. FRANCISCO FALCÃO, decisão unânime)

(STJ, 2ª Turma, Embargos de Declaração no Recurso Especial 624996, Processo 200301831338-PR, DJU 24/03/2008, p. 1, Relator Min. HUMBERTO MARTINS, decisão unânime)

Recebo, pois, os embargos de declaração como agravo regimental, submetendo-o à apreciação desta Seção.

Passo ao seu julgamento.

Os dispositivos mencionados pela embargante estão assim descritos:

Lei 8213/91:

“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:

I - quanto ao segurado:

a) aposentadoria por invalidez;

...

III - quanto ao segurado e dependente:

...

c) reabilitação profissional.”

“Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

...

II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da

Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado;”

“Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

...

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.”

“Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.”

“Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.”

Decreto 3048/99:

“Art. 76. A previdência social deve processar de ofício o benefício, quando tiver ciência da incapacidade do segurado sem que este tenha requerido auxílio-doença.

Art. 77. O segurado em gozo de auxílio-doença está obrigado, independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Art. 78. O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, neste caso se resultar seqüela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Art. 79. O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para exercício de outra atividade, não cessando o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez.”

“Art. 136. A assistência (re)educativa e de (re)adaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional, visa proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independentemente de carência, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios indicados para proporcionar o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.

§ 1º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social promover a prestação de que trata este artigo aos segurados, inclusive aposentados, e, de acordo com as possibilidades administrativas,

técnicas, financeiras e as condições locais do órgão, aos seus dependentes, preferencialmente mediante a contratação de serviços especializados.

§ 2º As pessoas portadoras de deficiência serão atendidas mediante celebração de convênio de cooperação técnico-financeira.”

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 20/07

“Art. 199. O auxílio-doença será devido ao segurado que, após cumprida, quando for o caso, a carência exigida, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

§ 1º Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao RGPS já portador de doença ou lesão invocada como causa para a concessão do benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

§ 2º Será devido auxílio-doença, independentemente de carência, ao segurado obrigatório e facultativo, quando sofrerem acidente de qualquer natureza.

§ 3º O direito ao benefício de auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, deverá ser analisado com base na Data do Afastamento do Trabalho - DAT ou na Data do Início da Incapacidade-DII, conforme o caso, observando:

I - será considerada como DAT aquela em que for fixado o início da incapacidade para os segurados, empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, facultativo, segurado especial e o desempregado.

II - nas situações em que o benefício for requerido após trinta dias contados da DAT ou da DII, conforme o caso, a Data do Início do Pagamento - DIP, será fixada na DER.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior aos benefícios requeridos a partir de 23 de novembro de 2000, data da publicação do Decreto nº 3.668.

§ 5º O requerimento de auxílio-doença poderá ser feito pela Internet, pelo endereço www.previdencia.gov.br, para todas as categorias de segurados, observando que a análise do direito será feita com base nas informações constantes do CNIS sobre as remunerações e vínculos, a partir de 1º de julho de 1994, podendo o segurado, a qualquer momento, solicitar alteração, inclusão ou exclusão das informações constante do CNIS, com apresentação de documentos comprobatórios dos períodos ou das remunerações divergentes, observado o disposto nos arts. 393 a 395 desta Instrução Normativa.

§ 6º Quando a empresa protocolar o requerimento pela Internet www.previdenciasocial.gov.br, referente aos seus empregados ou contribuintes individuais que lhe prestam serviços, terá acesso às decisões administrativas decorrentes do benefício requerido ou do documento dele originado.

§ 7º Os benefícios de auxílio-doença, concedidos por decisão judicial, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, em manutenção, deverão ser revistos semestralmente, contado o prazo a partir da data de seu início ou da data de seu restabelecimento, observado o disposto no art. 103 desta Instrução Normativa.”

Como se vê, tais dispositivos têm por pressuposto a existência de incapacidade laboral.

Primeiramente, anote-se que a jurisprudência do STF e do STJ é uníssona no sentido de que a sentença faz lei entre as partes, não atingindo terceiros, sob pena de vulneração aos postulados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Precedentes:

STF:

RE 80.191, Pleno, 28-04-1977;

RE 81.983, Pleno, 26-05-1977.

STJ:

RMS 1.983, 3a Turma, 08-11-1993;
RMS 8.879, 1a Turma, 22-09-1998;
RMS 11.053, 4a Turma, 02-05-2000;
RMS 12.226, 4a Turma, 02-12-2004;
RMS 12.775, 1a Turma, 03-04-2001;
RMS 14.075, 1a Turma, 18-06-2002;
RMS 14.266, 1a Turma, 23-04-2002;
RMS 14.467, 3a Turma, 12-11-2002;
RMS 14.995, 4a Turma, 26-10-2004;
RMS 20.871, 3a Turma, 21-11-2006;
REsp 1.141.465, 6a Turma, 11-12-2012.

Assim, o processo de interdição (fls. 122), no qual foi reconhecida a incapacidade civil da autora, não tem o condão de limitar a discussão acerca da incapacidade laboral discutida nestes autos.

Para fins de concessão de benefício previdenciário, a autora deve se submeter ao que ficar decidido em processo judicial do qual a autarquia integre a lide, no qual será resguardado às partes os mencionados princípios constitucionais - devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Ora, no feito originário, a autora e a autarquia tiveram oportunidade de produzir provas, e o magistrado - soberano na apreciação de tudo quanto foi lá produzido - concluiu que não restou provado o fato constitutivo (incapacidade total e permanente) do alegado direito da autora (aposentadoria por invalidez).

Para tanto, deixou consignado que:

Em primeiro lugar verifico se a autora encontra-se incapacitada e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 42, da Lei 8.213/91).

No que diz respeito a este aspecto, o laudo do perito nomeado pelo juízo conclui taxativamente pela não incapacidade da autora.

Ora, conforme o parecer do médico que a examinou, foi realmente constatado que a mesma apresenta transtornos dissociativos descritos no código CID - F 44.8. Mas que esta patologia não a incapacita para o trabalho (fls. 83). Então, em assim sendo, não posso reconhecer o seu direito à aposentadoria, eis que a autora não se encontra incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Deixo anotado que não há como analisar o pedido da autora como auxílio-doença que representa um *minus* em relação ao pedido principal que é o de aposentadoria por invalidez. Isto porque, conforme já enfatizado, o laudo pericial não concluiu pela incapacidade.

Com o não atendimento ao requisito da incapacidade, resta prejudicada a análise da condição de segurada e do cumprimento do período de carência.
(fls. 241-v)

Como se vê, teve-se por óbice intransponível à concessão do benefício a ausência de prova da incapacidade, o que, a toda evidência, torna despicienda qualquer manifestação acerca dos demais quesitos cuja omissão é reclamada pela embargante.

Nego, portanto, provimento ao agravo regimental.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA:

A eminente Relatora recebeu como agravo regimental os embargos de declaração interpostos contra a decisão monocrática que julgou improcedente o pedido de rescisão do julgado, apresentando-o à mesa para apreciação deste colegiado na sessão de julgamento do dia 27.02.2014.

Naquela oportunidade, pronunciou seu voto no sentido de negar provimento ao recurso, ao argumento de que a sentença proferida em processo de interdição que concluiu pela incapacidade civil da autora não constitui prova cabal de sua incapacidade laborativa para efeitos previdenciários.

De sua parte, o ilustre Desembargador Nelson Bernardes manifestou divergência, por entender que “a ausência de pronunciamento judicial acerca da sentença de interdição, desprezada como prova e, ao mesmo tempo admitida para afastar a capacidade postulatória da demandante, justifica o provimento do agravo regimental apresentado para que o feito tenha regular processamento”.

Após ter vista dos autos, inclino-me a acompanhar o voto dissidente.

A falta de manifestação sobre a certidão de interdição da autora, que, segundo consta, foi considerada incapaz para os atos da vida civil em razão de ser portadora de insanidade mental, está bem demonstrada nos autos, haja vista que a sentença sequer a menciona.

Mas não é só. Também não houve qualquer referência aos treze laudos médicos periciais realizados pelo INSS, por oito médicos distintos, entre as datas de 04/09/2003 e 02/05/2007, todos com a idêntica conclusão de que a situação da pericianda possuía incapacidade laborativa para o trabalho.

Observo que a Sra. Relatora embasa seu voto com as seguintes considerações:

No concernente à força probante da sentença de interdição em feitos previdenciários, entendo que ela possui o mesmo valor de que desfrutam todos os demais meios de prova admitidos no direito processual.

Importa sublinhar, ademais, que o comando derivado da sentença de interdição, a exemplo do que ocorre com a generalidade das decisões, cujo conteúdo envolva discussão em torno do estado de pessoas, alberga implicitamente a cláusula rebus sic stantibus. Ou seja, a eficácia que deriva de seu comando está subordinada à situação de fato vigente ao tempo em que foi proferida, o que não impede que venham a ocorrer alterações futuras no quadro fático.

Não se está com isso querendo dizer que, no caso dos autos, é certa a alteração do estado psíquico da parte autora entre a data da feitura do laudo que ensejou a sentença de interdição e a data do laudo do perito judicial. O que se está a reconhecer é a possibilidade de existir referida alteração, o que, por si só, pode justificar a divergência entre os laudos citados.

Some-se a essa circunstância a compreensão acerca da distinção necessária entre incapacidade civil, instituto mais proximamente moldado à regulação de atividades negociais da esfera civil, e a incapacidade para as atividades laborais, cujos contornos são inspirados pela disciplina específica do direito social.

(...)

Nessa linha de considerações, não há como acolher a tese sugerida pela parte autora no sentido de que a sentença de interdição proferida no juízo de direito produziria reflexos automáticos e eficácia vinculante sobre feitos previdenciários.

Contudo, devo consignar que a autora, em verdade, nunca pretendeu que sua interdição

civil suprisse a necessidade de outras provas de sua incapacitação para o trabalho. O que pretendia era tão somente que esse elemento fosse apreciado junto com os demais documentos trazidos aos autos.

É o que se extrai da exposição de fatos na inicial do feito subjacente, consoante o fragmento que ora colaciono (fl. 113).

A segurada está acometida de enfermidade desde 23/05/2002, conforme NB 124.406.837-0, NB 502.982.855-5, NB 570.319.835-2, NB 570.490.651-2, incapaz de exercer atividades laborativas conforme atestado médico da Dra. Regina Aurora Rosário da Saúde Mental, que relata a mesma estar em tratamento desde o ano de 2004 por apresentar quadro depressivo com sintomas psicóticos, confusão, glaucoma, sem condição de exercer qualquer atividade profissional e aponta CID F 25.2 Transtorno esquizoafetivo do tipo misto.

A doença foi se agravando de tal forma que o seu curador propôs ação de interdição, processo N° 2972/04 na 4ª Vara Cível da Comarca de S. J. do Rio Preto onde foi decretada a interdição por sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Sr. Dr. PAULO SÉRGIO ROMERO VICENTE RODRIGUES, em data de 17 de março de 2006, como causa ser a interditada portadora de insanidade mental, sendo incapaz dos atos da vida civil.

E, mesmo munida de atestado médico que comprovam [sic] a sua doença, e o termo de curatela definitiva sentenciado pelo MMJUIZ, o perito do INSS indeferiu o pedido de auxílio-doença em 30/04/2007.

A presente situação da segurada interditada é a total dependência da ajuda de terceiros e do seu curador para sua sobrevivência na compra de alimentos e medicações.

E devido a exposição dos fatos, e conforme documentos acostados à presente inicial, a segurada vem socorrer-se ao judiciário na tentativa desesperadora de ver seu direito garantido, EM PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL TUDO RESTARÁ COMPROVADO.

A expressa referência aos documentos acostados à exordial e à futura comprovação por perícia médica a cargo do Juízo tornam inequívoco que a postulante não pretendia fazer crer que o advento de sua incapacitação civil “produziria reflexos automáticos e eficácia vinculante” para a demonstração de que possuía o direito ao benefício pleiteado.

O argumento, portanto, enquanto tese em abstrato, acaba por produzir alheamento quanto às singularidades do caso concreto.

De retorno aos autos, verifico que a autora apresentou os seguintes elementos de prova na demanda subjacente: a) seus documentos pessoais e os do curador (fls. 120-121); b) cópia da certidão de interdição, decretada pelo MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, em 17/03/2006 (fl. 122); c) atestado médico expedido em 30/03/2007, em que consta que a autora “está em tratamento médico desde 2004, por apresentar quadro depressivo com sintomas psicóticos, confusa, com glaucoma, sem condição de exercer qualquer atividade profissional, CID F25.2” (fl. 123); d) comunicação de resultado do requerimento n° 22431120, referente ao benefício NB 502.982.855-5, em que consta que “de acordo com o exame médico-pericial ao qual submeteu-se em 06/07/2006, ficou constatado que há incapacidade laborativa até 05/01/2007” (fl. 124); comunicado de decisão administrativa que informa que o pedido auxílio-doença da autora, apresentado em 30/04/2007, foi indeferido, sendo, porém, restabelecido pela perícia médica o benefício anterior, NB 570.319835-2, a partir de 05/01/2007 (fl. 125).

Com a contestação, foram anexados ainda: a) extratos do CNIS que demonstram que a autora recebeu os auxílios doença NB 124.406.837-0, NB 502.982.855-5 e NB 570.319.835-2, nos respectivos períodos de 23/05/2002 a 08/06/2006, 09/06/2006 a 05/01/2007 e 05/01/2007

a 30/11/2007 (fls. 140-144); b) os treze laudos médicos periciais supra mencionados (145-157).

Sobre estes, vale um enfoque mais alongado.

O laudo de 04/09/2003 constatou a patologia descrita como “lesões do ombro”, CID M75, diagnóstico repetido nos laudos realizados em 28/11/2003, 15/03/2004 e 25/05/2004. Enquanto as anotações sobre os exames físicos indicavam, “limitação de movimento de ombro direito” e “dores pelo corpo”; em seguida, “tendinite leve de supra espinhal direito”, “redução dolorosa de movimento de ombro direito” e “claudicante devido a redução de movimento de joelho direito”; posteriormente, “grande diferença de marcha Lasegue++ dir cervicalgia”; e ainda, “paciente com dor em ombro direito que esta limitado á movimentação [passiva] e ativa. Marcha prejudicada por artrose em joelho esq., que não apresenta sinais flogísticos. Sem contratura da musculatura para-vertebral e Lasegue [sic] negativo [bilateralmente]”.

Os laudos de 28/09/2004, 29/11/2004, 25/02/2005 e 25/06/2005 fizeram constar, como motivo da incapacidade, “Reumatismo não especificado (fibromialgia)”, CID M790, descrevendo-se, nos exames clínicos, “cervicalgia”, “poliqueixosa referindo dores pelo corpo”, “[dor em] ombro dir com limitação”, “refere desmaios frequente [sic] sendo atendida em PS”, “REFERE MEDO DE TUDO”, “CRISE DE CHORO” (em caixa alta no original).

Por sua vez, os laudos de 09/09/2005, 11/04/2006 e 06/07/2006, diagnosticaram “Episódios depressivos”, CID F32; enquanto os exames clínicos indicavam “depressão grave e profunda”.

O laudo de 26/01/2007 constatou “Transtorno esquizoafetivo do tipo depressivo”, anotando-se, ao exame clínico, “apática, olhar fixo, facie depressiva”.

Finalmente, o laudo de 02/05/2007 concluiu haver “Transtorno esquizoafetivo do tipo misto”, relatando o médico perito que “bastou iniciar a conversa para [a pericianda] começar a tremer o corpo todo”.

Já com relação à perícia judicial, tem-se a destacar que, em 23/05/2008, o Sr. *Expert* fez comunicação ao Juízo relatando que “deixamos de realizar a perícia agendada para a data de hoje (...) *pela postura não cooperativa e simulatória adotada pela pericianda no início da entrevista*” (grifo nosso).

Entretanto, dias depois, no exame pericial realizado em 29/05/2008 (fls. 188-193), constatou que a autora estava acometida da patologia descrita no CID 44.8, “há quatro anos”, concluindo que “na presente data não constatamos ser a examinanda portadora de comprometimento psicopatológico que a impeça para o trabalho e demais atividades da vida civil”.

Tenho a observar que o período considerado como de início da doença pelo especialista se aproxima muito da época em que as perícias do INSS identificaram as primeiras manifestações de desgaste emocional na autora.

Com efeito, parece-me que os laudos periciais produzidos pela própria autarquia previdenciária, ao longo de quase quatro anos, conferem um indício importante de que as patologias físicas iniciais, em virtude do sofrimento causado, poderiam ter desencadeado os males psiquiátricos descritos pela postulante, que se encontrava em acompanhamento médico em clínica de saúde mental utilizando medicação específica havia três anos.

Noutro sentido, ao que se evidencia, o perito escolhido pelo Juízo inadvertidamente antecipou-se ao exame clínico que constataria ou não a presença da incapacidade. Logo, não se revela absurdo conjecturar que, com base em impressão subjetiva, desprovida da necessária fundamentação técnica ou científica, concluiu que a mesma estava apenas representando.

De sorte que a incoerência na perícia judicial é manifesta, seja em razão do acima descri-

to, seja porque a presença de um patologia psiquiátrica, como restou identificado, até serviria para justificar o comportamento dantes recriminado na examinanda.

Feitas essas observações, com a devida vênia à Sra. Relatora, não me sinto convencido de que, consoante a decisão agravada, “tendo havido apreciação do conjunto das provas e tendo o magistrado expendido os motivos de fato e de direito em que escorou sua convicção, não há como falar em erro de fato, mas, sim, em intenção de que, no bojo da rescisória, haja novo julgamento, o que não se admite por não tratar-se de recurso”.

Isso por conta da escassez de elementos que façam crer que a sentença rescindenda efetivamente apreciou, não apenas a certidão de interdição da autora, que, como bem destacou o voto divergente, constituiu pressuposto para a representação processual por curador e para a atuação do Ministério Público Federal naqueles autos; mas também os laudos periciais realizados pelo INSS, os quais tornavam plausíveis as alegações trazidas na inicial. E, inclusive, por haver motivo de dúvida razoável em torno da credibilidade da única prova empregada para a resolução da lide.

Ressalte-se que não se trata de questionar a possibilidade de o magistrado formar sua convicção a partir do laudo produzido em Juízo. O que se busca evitar é que haja desprezo de outras provas igualmente relevantes, não se podendo atribuir ao julgador análise que ele mesmo não realizou, porque não inclusa em suas razões de decidir.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para que o feito tenha regular processamento e, oportunamente, torne a esta Seção para julgamento do mérito.

É como voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES (Relator para o acórdão):

A ilustre Relatora, que admite como agravo regimental os embargos de declaração tirados da decisão monocrática de sua lavra, a qual julgou improcedente o pedido de rescisão do referido julgado de primeira instância, apresenta voto no sentido de negar provimento ao recurso, ao seguinte fundamento:

o processo de interdição (fls. 122), no qual foi reconhecida a incapacidade civil da autora, não tem o condão de limitar a discussão acerca da incapacidade laboral discutida nestes autos. Para fins de concessão de benefício previdenciário, a autora deve se submeter ao que ficar decidido em processo judicial do qual a autarquia integre a lide, no qual será resguardado às partes os mencionados princípios constitucionais - devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Ora, no feito originário, a autora e a autarquia tiveram oportunidade de produzir provas, e o magistrado - soberano na apreciação de tudo quanto foi lá produzido - concluiu que não restou provado o fato constitutivo (incapacidade total e permanente) do alegado direito da autora (aposentadoria por invalidez).

(...)

Como se vê, teve-se por óbice intransponível à concessão do benefício a ausência de prova da incapacidade, o que, a toda evidência, torna despicienda qualquer manifestação acerca dos demais quesitos cuja omissão é reclamada pela embargante.

Peço vênia para apresentar divergência.

A ação foi proposta com fulcro nos incisos V e IX do art. 485 do CPC.

No que se refere ao primeiro, estou de acordo que não procede a demanda rescisória, pois embora o juízo não precise necessariamente ficar adstrito à conclusão do laudo pericial produzido no curso da lide, o magistrado sentenciante assim o fez. Dessa forma não se pode dizer que tenha incorrido em violação a literal dispositivo de lei.

No entanto, o valor probatório do processo de interdição, que a eminente Relatora rechaça nesta oportunidade, não foi afastado no conteúdo do julgado rescindendo, embora estivesse claramente mencionado como amparo aos fundamentos do pedido expostos na inicial da ação originária.

O pronunciamento a respeito da capacidade para o exercício de atos da vida civil era de extrema relevância para o deslinde da causa, inclusive sob o aspecto da regularidade da representação processual, formalizada por curador nomeado em processo de interdição, e da necessidade de atuação do Ministério Público Federal, o qual reclamou por esclarecimentos a esse respeito.

A meu ver, a ausência de pronunciamento a respeito de prova relevante para o deslinde da causa importa na ocorrência de erro de fato e autoriza a rescisão do julgado com base no inciso IX do art. 485 do CPC.

Para melhor compreensão passo a historiar os atos processuais que me levam a essa convicção.

A autora, na inicial desta demanda, esclarece “que é portadora de doença psiquiátrica, a qual compromete sua capacidade cognitiva conforme termos da Interdição, que é um Documento Público vigente” (fl. 07).

Informa, na oportunidade, que a ação subjacente visava a conversão em aposentadoria por invalidez ou o restabelecimento de auxílio-doença, cessado administrativamente em razão de alta programada, o qual lhe fora concedido “em decorrência da aquisição das seguintes patologias: lesão de ombro, com desenvolvimento da síndrome de fibromialgia e a progressão do quadro clínico, por desencadeamento de Episódios depressivos” (fl. 04).

Acrescenta a demandante, que, “ENQUANTO NÃO OCORRER O LEVANTAMENTO DA INTERDIÇÃO, RESTA COMPROVADA SUA INCAPACIDADE PARA O TRABALHO” (fl. 10). E, por fim, que há nos autos subjacentes notícia da existência da patologia que descreve como sendo “estado psicossomático daquelas doenças, as quais são recorrentes, importando na observância quanto às fases agravadas por episódios agudos da patologia, acarretando graves transtornos de ordem psiquiátrica, fazendo uso constante de medicamentos, entre eles os antidepressivos, antipsicóticos, tranqüilizantes, conforme os receituários médicos” (fl. 63v).

Na ação subjacente, proposta em 22 de junho de 2007, já demandante noticiava ser portadora de transtorno esquizoafetivo do tipo misto e que “A doença foi se agravando de tal forma que o seu curador propôs ação de interdição, processo N° 2972/04 na 4ª Vara Cível da Comarca de S.J.Rio Preto onde foi decretada a interdição (...), em data de 17 de março de 2006, como causa ser a interditada portadora de insanidade mental, sendo incapaz dos atos da vida civil” (fl. 113).

Aquela demanda realmente fora instruída com a Certidão Judicial de Interdição de fl. 122, a qual descreve a insanidade mental e a incapacidade para os atos da vida civil da requerente, ali representada por seu curador. Também fora acompanhada de documentos, os quais demonstravam que os sintomas psiquiátricos foram atestados por profissional da Saúde da Prefeitura Municipal de São José do Rio Preto em 30/03/2007 e o benefício concedido adminis-

tratativamente reconhecia a existência de incapacidade laborativa até 05/01/2007 (fls. 123/124).

Os extratos do CNIS acostados naquela demanda também comprovavam que desde 23/05/2002 a requerente estava afastada pelo INSS em decorrência do benefício derivado da sua incapacidade e os *Laudos Médicos da própria Autarquia já detectavam a presença de distúrbios psiquiátricos*, dentre os demais males incapacitantes já descritos, em 30.11.2004, 10/02/2005, 26/05/2005, 08/03/2006, 09/06/2006 (fls. 149/155).

O Laudo Médico Pericial de fl. 156, também elaborado na via administrativa, noticia a submissão da requerente a tratamento na saúde mental há mais de três anos e a constatação de Transtorno esquizoafetivo do tipo depressivo, bem como a sua inaptidão para o trabalho em 26/01/2007 e em 02/05/2007 - *apenas um mês antes do ajuizamento da ação subjacente* (fl. 157). Nessa última oportunidade a Perita Médica Dra. Regina Aurora, que confirma a existência de incapacidade laborativa, chegou a consignar que “Bastou iniciar a conversa comigo para começar a tremer o corpo todo”.

Conquanto confirmasse o uso de Clomipramina, antidepressivo tricíclico, Trileptal, anticonvulsionante ou estabilizador de humor e tranquilizantes, pela paciente, o médico perito concluiu que “Na presente data não evidenciamos ser a examinanda portadora de comprometimento psicopatológico que a impeça para o trabalho e demais atividades da vida civil” (fl. 192).

Ainda no curso daquela ação, o Ministério Público Federal reiterou pedido de esclarecimentos em face da contradição entre os termos da interdição judicial e os contidos no laudo médico produzido durante a instrução. Pretendia o ilustre Membro do *Parquet* não apenas analisar a legitimidade da sua intervenção nos autos no caso da interdição não ter sido levantada, mas também via, nessa informação, subsídios fundamentais para um parecer relacionado ao mérito da causa (fl. 237). Tanto o é que em seu parecer anterior, o ilustre Procurador da República requeria a expedição de ofício ao Juízo prolator da sentença de interdição e antecipava que, “enquanto não ocorrer o levantamento da interdição, resta comprovada sua incapacidade para o trabalho” (fl. 208).

Sem resposta ao ofício expedido em face da primeira provocação do Ministério Público Federal e, sem deliberar acerca da reiteração do parecer ministerial já mencionada, o douto Juízo Federal processante proferiu a r. sentença de fls. 241/242v, concluindo pela improcedência do pedido da autora, ao fundamento de que “conforme parecer do médico que a examinou, foi realmente constatado que a mesma apresenta transtornos dissociativos descritos no código CID F 44.8. Mas que esta patologia não a incapacita para o trabalho (fls. 83). Então, em assim sendo, não posso reconhecer o seu direito à aposentadoria, eis que a autora não se encontra incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência” (fl. 241v).

Sem a pretensão de oferecer desde já um novo julgamento à ação subjacente, destaco que a contradição levantada pelo Ministério Público Federal quando ali atuou não se restringe aos dois elementos de prova por ele indicado (a sentença de interdição e o laudo médico pericial posterior). A contradição está evidente dentro do próprio laudo acolhido como prova exclusiva pelo julgado rescindendo.

Note-se que, conforme acima reproduzido, o laudo constatou que a requerente apresenta *transtornos dissociativos descritos no código CID F 44.8*, o que por si só já revela uma perda parcial ou completa das funções normais do estado de consciência, ou seja, um conflito psicológico que produz grande sofrimento no paciente, ainda que sem uma causa física que o justifique.

De qualquer forma, conforme já fundamentado, a ausência de pronunciamento judicial

acerca da sentença de interdição, desprezada como prova e, ao mesmo tempo admitida para afastar a capacidade postulatória da demandante, justifica o provimento do agravo regimental apresentado para que o feito tenha regular processamento.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo regimental* nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES - Relator para o acórdão

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0015753-21.2013.4.03.0000

(2013.03.00.015753-7)

Agravante: JOÃO LUIZ DE SANTANA

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE RANCHARIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES

Classe do Processo: AI 508073

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/08/2014

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS. BACENJUD. APLICAÇÃO EM CDB. VALOR INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, X, DO CPC.

1. Desnecessidade da prévia constatação de inexistência de bens da parte executado a fim de possibilitar utilização do sistema *Bacenjud*, nos pedidos formulados após a vigência da Lei nº 11.382/2006. Precedentes do STJ e da Turma.

2. Impenhorabilidade do valor depositado em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos. No caso, embora se trate de aplicação financeira, entendo que o limite estabelecido no artigo 649, inciso X, do CPC, significa um valor mínimo que deve ser preservado ao devedor, de modo a garantir-lhe a dignidade. Precedentes.

4. Situação excepcional a autorizar o desbloqueio dos valores penhorados pelo sistema *Bacenjud*.

5. Agravo regimental não conhecido. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental e dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de agosto de 2014.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOAO LUIZ DE SANTANA em face de decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de desbloqueio de ativos financeiros no valor de R\$ 33.241,64.

Alega o agravante, em síntese, que a penhora foi efetuada em conta poupança, o que implica na necessidade de desbloqueio do valor equivalente a 40 salários mínimos, conforme artigo 649 do CPC. Sustenta, ainda, que a conta bancária é conjunta, devendo ser liberados

os valores de titularidade de Geselayne Rodrigues de Santana.

Foi parcialmente deferido o efeito suspensivo.

Regularmente intimada, a parte agravada apresentou contraminuta.

Agravo regimental a fls. 607/611.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Inicialmente, não conheço do agravo regimental, com base no artigo 527, parágrafo único, do CPC.

Trata-se de questão relativa ao desbloqueio de ativos financeiros.

Quando da apreciação do pedido de efeito suspensivo, assim foi decidido:

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, vislumbro a presença dos requisitos para a concessão parcial da tutela postulada.

Inicialmente, consigno que não apreciarei o feito em relação à co-titularidade da conta em nome de Geselayne Rodrigues de Santana em razão da falta de interesse em recorrer.

Isso porque, o agravante não pode pleitear direito de terceiro em nome próprio, consoante o art. 6º do CPC. Somente à pessoa cuja esfera jurídica foi atingida é que se reconhece o legítimo interesse em agir/recorrer.

Quanto à penhora de ativos financeiros pelo sistema *Bacenjud*, é cediço que em sessão de julgamento realizada no dia 24/11/2010, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, apreciando o REsp 1.184.765/PA, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) e de relatoria do E. Ministro Luiz Fux, afastou a necessidade do prévio esgotamento de diligências para fins de decretação da medida, na vigência da Lei nº 11.382/2006.

Mister ressaltar que antes mesmo do julgamento do aludido recurso representativo da controvérsia, esta Terceira Turma havia adotado o entendimento já então firmado no Superior Tribunal de Justiça - e corroborado pelo precedente acima citado - no sentido de que, após a vigência da Lei nº 11.382/2006, a penhora *on line* de recursos financeiros deixou de ser tratada como medida excepcional. Precedentes: AI nº 2009.03.00.001548-0, Relator E. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 26/11/2009, DJF3 8/12/2009; AI nº 2002.03.00.003793-5, Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, j. 9/9/2010, DJF3 20/9/2010; AI nº 2010.03.00.006544-7, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJF3 8/4/2010.

Dessa forma, há que se reconhecer a desnecessidade da prévia constatação de inexistência de bens da parte executado a fim de possibilitar utilização do sistema *Bacenjud*, nos pedidos formulados após a vigência da Lei nº 11.382/2006, ressalvados os casos excepcionais em que o exercício desse direito de penhora possa se mostrar abusivo por circunstâncias próprias da execução fiscal, a serem analisadas em cada hipótese concreta.

E, no caso em tela, observo ser hipótese de exceção.

De acordo com a mencionada nº Lei 11.382/2006, passou a ser impenhorável o valor de até 40 salários mínimos depositado em caderneta de poupança, segundo a nova dicção do art. 649, inciso X, do CPC:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.”

Com efeito, embora não se trate, a princípio, de valores depositados em caderneta de poupança, entendo que o limite estabelecido no dispositivo supracitado significa um valor mínimo que deve ser preservado ao devedor, de modo a garantir-lhe a dignidade, na mesma linha de precedente citado por Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme Aidar Bondiolo (*in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 43 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 813, nota 34a.).

Sobre o assunto, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA CORRENTE. CARÁTER SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, IV, E X, DO CPC. PERDA DA NATUREZA ALIMENTAR NO MÊS SEGUINTE AO DEPÓSITO EM CONTA. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie dos autos, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. É firme a jurisprudência no sentido de que são absolutamente impenhoráveis ‘os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal’; e ainda ‘até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança’ (artigo 649, IV, e X, do Código de Processo Civil).

3. *Caso em que, considerando que o bloqueio da conta-corrente atingiu saldo de subsídio mensal - ou seja, valor inferior à verba alimentar mensalmente depositada -, e que o valor das aplicações financeiras (poupança + CDB + Fundo de Investimento), no total de R\$ 19.207,40, é inferior a 40 salários-mínimos da época, é manifestamente inviável a subsistência do bloqueio e a sua conversão em penhora, à luz do artigo 649, incisos IV e X, do Código de Processo Civil, e da jurisprudência consolidada.*

4. Exige-se a comprovação ou, ao menos, a presença de fortes elementos indicativos de que os depósitos mantidos em conta no mês seguinte ao da percepção do salário formam reserva excedente que não afete a manutenção da subsistência do executado, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, exceção que não se constata no caso, pois além das quantias serem decorrentes de verbas rescisórias trabalhistas, não constituem capital de soma expressiva, pelo contrário, a quantia em depósito faz presumir que os recursos do trabalho do executado seriam utilizados para satisfazer suas necessidades básicas de existência digna.

5. Agravo inominado desprovido.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0029035-97.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 12/04/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/04/2012, grifei)

“EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO ELETRÔNICO. PENHORA ON LINE. ARTIGO 649, INCISO IV, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DA PENHORA QUANDO INCIDIR SOBRE APOSENTADORIA OU PENSÃO. ARTIGO 649, X, DO CPC. IMPOSSIBILITADA A PENHORA INCIDENTE SOBRE VALORES DE ATÉ 40 SALÁRIOS MÍNIMOS.

1. A matéria trazida a conhecimento desta C. Corte refere-se tão-somente à possibilidade de constrição de valores depositados em conta-corrente e aplicações financeiras advindos da percepção de benefício previdenciário, e não acerca da possibilidade de utilização do instituto da ‘penhora on line.’

2. O inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil, com redação conferida pela Lei nº 11.382/06 é claro ao dispor que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios,

bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal. 3. Vale referir que o artigo em comento, no projeto de lei, trazia o parágrafo 3º com a previsão de que 40% do total recebido mensalmente acima de 20 salários, calculados após os efetivos descontos, seriam considerados penhoráveis. Tal disposição, contudo, foi vetada sob o fundamento de quebra do ‘dogma da impenhorabilidade absoluta’ de todas as verbas de natureza alimentar. 4. Pelas razões do veto é possível concluir pela manutenção da impenhorabilidade absoluta, de tal sorte que não há falar-se na possibilidade de constrição de tais valores. 5. A Lei nº 11.382/06 trouxe profundas inovações no processo executivo, acrescentando no rol das impenhorabilidades, os valores até 40 salários-mínimos existentes em caderneta de poupança. *Intepretando-se ampliativamente o artigo 649, X, do CPC, entendo que tal previsão visa proteger o pequeno poupador, de forma que os valores aplicados, ainda que em outros fundos de investimentos, até o limite de R\$ 15.200,00 (Medida Provisória nº 362/07) estão resguardados.*

6. Agravo de instrumento provido.”

(TRF - 3ª Região, AG nº 0090573-21.2007.4.03.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, j. 25/3/2008, DJ 6/6/2008, grifos meus)

Dessa forma, em exame preambular, entendo que os valores aplicados em CDB (fls. 558/559) até o limite de 40 salários mínimos estão resguardados pela impenhorabilidade prevista no aludido dispositivo legal e, assim, devem ser liberados em favor do ora agravante, mantendo-se o bloqueio do valor excedente, especialmente diante da ausência de comprovação da origem de tais verbas ou da existência de causa de impenhorabilidade.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: TRF 4ª Região, AC nº 0010376-23.2010.404.9999, Relator Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, j. 23/2/2011, DE 2/3/2011; TRF 3ª Região, AI nº 0009981-48.2011.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, decisão monocrática disponibilizada no DJF3 em 1/12/2011.

Ante o exposto, *defiro parcialmente* a antecipação da tutela recursal postulada, determinando a liberação dos valores bloqueados na conta de titularidade do recorrente (Banco Bradesco, agência 009-4, c/c 0018160-9) até 40 salários-mínimos, nos termos da fundamentação supra.

Tendo em vista que não trouxeram as partes qualquer argumento apto a infirmar o entendimento adrede explicitado, mantenho os fundamentos da decisão provisória.

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental e *dou parcial provimento ao agravo de instrumento*, determinando a liberação dos valores bloqueados na conta de titularidade do recorrente (Banco Bradesco, agência 009-4, c/c 0018160-9) até o limite de 40 salários-mínimos.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0023617-86.2013.4.03.9999
(2013.03.99.023617-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Apelado: REINALDO CRISTOVÃO PEREIRA (incapaz)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PACAEMBU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AC 1875984
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/08/2014

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS visando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo a aposentadoria por invalidez a partir da citação, acrescida de correção monetária e juros. “Na verba em atraso, a atualização se dará nos moldes do artigo 1º ‘f’, da Lei nº 9494/97, com a nova redação dada pela Lei nº 11.960/2009” (fls. 71). Os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ.

Inconformada, apelou a autarquia, requerendo a reforma integral da R. sentença. Requer que o termo inicial do benefício se dê a partir da citação ou do ajuizamento da ação, que os juros moratórios sejam fixados nos termos da Súmula nº 204 do STJ, bem como a incidência da verba honorária sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença.

Com contrarrazões, na qual foi arguida, preliminarmente, a intempestividade do recurso da autarquia, subiram os autos a esta E. Corte.

Parecer do Ministério Público Federal a fls. 90/92vº, opinando pelo “não provimento da apelação” (fls. 92vº).

É o breve relatório.

Com relação à alegada extemporaneidade do recurso da autarquia, cumpre ressaltar que a Medida Provisória nº 1.798/99 e posteriores reedições, que alteraram o art. 6º, da Lei nº 9.028/95 dispõe, *in verbis*:

Art. 6º A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, *será feita pessoalmente*;

§ 1º O disposto neste artigo se aplica aos representantes judiciais da União designados na forma do art. 69 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

§ 2º As intimações a serem concretizadas fora da sede do juízo serão feitas, necessariamente, na forma prevista no art. 237, inciso II, do Código de Processo Civil.

§ 3º Aplica-se aos procuradores ou advogados integrantes dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União o contido no *caput* e no § 2º deste artigo, quanto aos processos em trâmite na justiça de primeiro grau de jurisdição. (grifos meus)

Parece-me inequívoca a dicção legal, ao conferir, em seu § 3º, a prerrogativa da intimação pessoal aos procuradores ou advogados integrantes dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral

da União. Para melhor esclarecer quais são esses órgãos, dispõe o art. 2º, § 3º, da Lei Complementar nº 73/93:

As Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas são órgãos vinculados à Advocacia Geral da União (grifos meus)

Assim, tendo sido intimado pessoalmente o I. Procurador Federal que representa a autarquia em 19/10/12 (fls. 73) revela-se tempestivo o recurso interposto em 20/11/12 (fls. 74).

Passo ao exame do mérito.

No que tange à apelação do INSS, devo ressaltar, inicialmente, que a mesma será parcialmente conhecida, dada a falta de interesse em recorrer relativamente ao termo inicial do benefício a partir da citação ou do ajuizamento da ação, uma vez que a R. sentença foi proferida nos exatos termos de seu inconformismo (termo inicial a partir da citação). Como ensina o Eminentíssimo Professor Nelson Nery Júnior ao tratar do tema, “O recorrente deve, portanto, pretender alcançar algum proveito do ponto de vista prático, com a interposição do recurso, sem o que não terá ele interesse em recorrer” (*in* Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, 4.ª edição, Revista dos Tribunais, p. 262).

Passo ao exame do recurso, relativamente à parte conhecida.

Nos exatos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Com relação ao auxílio doença, dispõe o art. 59, *caput*, da referida Lei:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Dessa forma, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez compreendem: a) o cumprimento do período de carência, quando exigida, prevista no art. 25 da Lei nº 8.213/91; b) a qualidade de segurado, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios e c) incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa. O auxílio doença difere apenas no que tange à incapacidade, a qual deve ser temporária.

No que tange ao recolhimento de contribuições previdenciárias, devo ressaltar que, em se tratando de segurado empregado, tal obrigação compete ao empregador, sendo do Instituto o dever de fiscalização do exato cumprimento da norma. Essas omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve - posto tocar às raias do disparate - ser penalizado pela inércia alheia.

Importante deixar consignado, outrossim, que a jurisprudência de nossos tribunais é pacífica no sentido de que não perde a qualidade de segurado aquele que está impossibilitado de trabalhar, por motivo de doença incapacitante.

Feitas essas breves considerações, passo à análise do caso concreto.

In casu, a *carência* e a *qualidade de segurado* da parte autora encontram-se comprovadas, uma vez que, na esfera administrativa, foi-lhe concedido o benefício de auxílio doença, conforme “COMUNICAÇÃO DE DECISÃO” do INSS e extratos do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 31/33 e 42), durante o período de 23/7/09 a 1º/3/11 tendo a presente ação sido ajuizada em 28/3/11, ou seja, no prazo previsto no art. 15, da Lei nº 8.213/91.

Outrossim, a alegada *incapacidade* ficou plenamente demonstrada pela perícia médica, conforme parecer técnico elaborado pelo Perito (fls. 56/62). Afirmou o esculápio encarregado do exame que a periciada é portadora de esquizofrenia paranoide incurável, concluindo que a parte autora encontra-se total e permanentemente incapacitada para o trabalho.

Dessa forma, deve ser concedida a aposentadoria por invalidez pleiteada na exordial. Deixo consignado, contudo, que o benefício não possui caráter vitalício, tendo em vista o disposto nos artigos 42 e 101, da Lei nº 8.213/91.

A correção monetária sobre as prestações vencidas e os juros moratórios a partir da citação (art. 219, do CPC) devem incidir nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pelo C. Conselho da Justiça Federal.

Com relação aos honorários advocatícios, nos exatos termos do art. 20 do Código de Processo Civil:

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º - O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º - As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º - Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

(...)

No presente caso - vencida a Autarquia Federal - admite-se a fixação dos honorários em percentual sobre o valor da condenação, à força de apreciação equitativa, conforme o § 4º do art. 20 do CPC. No entanto, malgrado ficar o juiz liberto das balizas representadas pelo mínimo de 10% e o máximo de 20% indicados no § 3º do art. 20 do Estatuto Adjetivo, não se deve olvidar a regra básica segundo a qual os honorários devem guardar correspondência com o benefício trazido à parte, mediante o trabalho prestado a esta pelo profissional e com o tempo exigido para o serviço, fixando-se os mesmos, portanto, em atenção às alíneas “a”, “b” e “c” do art. 20, § 3º.

Assim raciocinando, entendo que, em casos como este, a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado.

No que se refere à sua base de cálculo, devem ser consideradas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.

Ante o exposto, e com fundamento no art. 557, do CPC, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, conheço parcialmente da apelação, dando-lhe parcialmente provimento para fixar os juros moratórios e a base de cálculo da verba honorária na forma acima indicada.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de origem. Int.

São Paulo, 02 de junho de 2014.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

Direito Processual Penal



RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL

0016348-90.2008.4.03.6112

(2008.61.12.016348-2)

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: EDVALDO BATISTA DOS REIS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: ACr 54181

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2014

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, contra acórdão deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deu provimento ao recurso de apelação da defesa.

O recorrente alega:

a) negativa de vigência ao art. 334 do Código Penal, porquanto a importação de cigarros sem a observância das normas legais e administrativas pertinentes configura importação proibida, não se aplicando o princípio da insignificância;

b) divergência jurisprudencial.

Contrarrazões às fls. 396/399, em que se requer o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

O v. acórdão possui a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. DESCAMINHO. TRANSPORTE DE CIGARROS IRREGULAMENTE IMPORTADOS DO PARAGUAI. ART. 334, *CAPUT*, DO CP. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 65 DA LEI 10.833/03. PARÂMETRO ESTABELECIDO PELA PORTARIA Nº 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AOS OUTROS RAMOS DO DIREITO. ABSOLVIÇÃO.

1. Não se consumou a prescrição da pretensão punitiva, mesmo regulada pela pena concreta de 1 (um) ano de reclusão, haja vista que não transcorreu lapso superior a 4 (quatro) anos entre as datas da consumação do crime (15/11/2008), do recebimento da denúncia (17/03/2009) e da publicação da sentença condenatória (05/03/2013).

2. Tampouco se vislumbra a causa excludente da ilicitude do estado de necessidade, que não encontra respaldo nas provas produzidas nos autos, sendo certo que caberia à defesa o ônus de demonstrar a sua presença no caso concreto.

3. A Segunda Turma sedimentou o entendimento de que há descaminho nos casos de mera importação de cigarros produzidos no exterior, ao passo que se configura o contrabando nas hipóteses de reintrodução no território nacional de cigarros fabricados no Brasil para fins de exportação. Precedentes.

4. O caráter fragmentário do Direito Penal legitima a sua atuação apenas naquelas hipóteses em que outros ramos do Direito sejam incapazes de combater, com eficiência, um determinado comportamento antijurídico. Não havendo lesão relevante ao bem juridicamente tutelado, não se justifica a aplicação da norma penal, que deve funcionar como a ultima ratio do ordenamento jurídico, cuidando apenas de condutas consideradas graves, potencialmente capazes de gerar um estado de crise social que não pode ser solucionado por normas jurídicas outras com poder sancionador mais brando.

5. Em consonância com essas idéias, passou-se a aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho, quando o total dos tributos iludidos não alcance o piso para o ajuizamento de execuções fiscais estabelecido pelo art. 20 da Lei 10.522/03 em R\$ 10.000,00, posteriormente ampliado para R\$ 20.000,00 com o advento da Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda.

6. A Portaria nº 75, de 22 de março de 2012 prestou-se, tão somente, a atualizar os valores previstos na Lei 10.522 de 2002, ou seja, uma atualização da moeda, considerando a paulatina desvalorização do capital, em razão do crescimento da economia em sua realidade global. Passados 10 (dez) anos da edição da Lei de 2002, é de se crer que os valores ali estipulados tenham perdido sua real expressão econômica pela convergência de inúmeros fatores, como o desenvolvimento da economia nacional, a elevação de preços gerais em função de pressões da economia globalizada e a presença de uma crescente inflação em nosso país, para não citar outros.

7. Em verdade, existe apenas a aplicação de uma norma: Lei 10.522/02, legislação esta que criou um teto limítrofe para a execução fiscal, a fim de viabilizar sua prática. Entretanto, os valores ali constantes sofreram uma justificável correção por meio de norma administrativa, eis que seria inviável a edição de sucessivas leis ordinárias, a cada período, para tratar da mesma matéria.

8. No presente caso, conforme informa a autoridade fazendária que o valor total dos produtos apreendidos é de R\$ 7.020,00 (sete mil e vinte reais), segundo avaliação feita em 25/11/2008, montante que, por si só, é inferior ao limite para o ajuizamento de execuções fiscais, disciplinado à época pelo art. 20 da Lei 10.522/02, e sobre o qual incide a alíquota padrão de 50% definida no art. 65 da Lei 10.833/03.

9. Absolvição com fundamento no art. 386, III, do CPP.

O recurso merece ser admitido quanto à alegação de inaplicabilidade do princípio da insignificância, uma vez que o colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a importação de cigarros sem a observância das normas legais e administrativas pertinentes configura o crime de contrabando. Confirmam-se os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. CONTRABANDO. CIGARRO. PRODUTO DE COMERCIALIZAÇÃO PROIBIDA NO TERRITÓRIO NACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ALTO GRAU DE PROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal, é possível ao Relator dar provimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade. Ademais, com a interposição do agravo regimental, fica superada a alegação de nulidade pela violação ao referido princípio, ante a devolução da matéria à apreciação pelo Órgão Julgador. Precedentes.

2. Não se verifica indevida incursão na seara fático-probatória quando o decisum atacado, afastou a aplicação do princípio da insignificância após mera reavaliação do contexto probatório, tal como estabelecido nas instâncias ordinárias. A conclusão foi calcada exclusivamente na

identificação dos bens jurídicos tutelados no tipo penal de contrabando, de modo a entender que não apenas a ordem tributária estava ali protegida, mas também o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional.

3. É inaplicável o princípio da insignificância ao crime de contrabando, onde o bem juridicamente tutelado vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, alcançando também o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional. Precedentes do STJ e do STF.

4. Nessa linha, a introdução de cigarros em território nacional é sujeita à proibição relativa, sendo que a sua prática, fora dos moldes expressamente previstos em lei, constitui o delito de contrabando e não descaminho, inviabilizando a incidência do princípio da insignificância.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1399327/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 03/04/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE PRODUTO DE PROIBIÇÃO RELATIVA. CIGARRO. CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM BASE NO VALOR DA EVASÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em sede de contrabando, ou seja, importação ou exportação de mercadoria proibida, em que, para além da sonegação tributária há lesão à moral, higiene, segurança e saúde pública, não há como excluir a tipicidade material tão-somente à vista do valor da evasão fiscal, ainda que eventualmente possível, em tese, a exclusão do crime, mas em face da mínima lesão provocada ao bem jurídico ali tutelado, gize-se, a moral, saúde, higiene e segurança pública.

2. Não tem aplicação o princípio da insignificância na hipótese de contrabando de produto de proibição relativa em quantidade suficientemente expressiva para afastar a lesividade mínima à saúde pública (14 maços de cigarros de origem estrangeira).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1324990/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PORTARIA N° 75/2012, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. DESCAMBIMENTO.

I - Inaplicável o princípio da insignificância ao crime de contrabando de cigarros, porquanto o bem jurídico tutelado ultrapassa o valor pecuniário do imposto elidido, alcançando também o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional, a saúde pública e a indústria nacional.

II - A Portaria n° 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda, não conduziria à conclusão diversa pois, se a execução fiscal pode prosseguir por valor inferior a R\$20.000,00 (vinte mil reais), consoante a disciplina legal, então tal montante não pode ser considerado insignificante.

III - Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 372603/MG, 5ª Turma, Rel. Ministra Regina Helena Costa, j. 18/03/2014, DJe 21/03/2014)

Ante o exposto, *admito* o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 24 de julho de 2014.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Vice-Presidente

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0021955-14.2013.4.03.0000

(2013.03.00.021955-5)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorridos: CARLOS EDUARDO GONCALVES, RICARDO DE OLIVEIRA E TEREZA REGINA GRANZIERA ABI CHEDID

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Classe do Processo: RSE 6793

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2014

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CRIME DO ART. 297 DO CP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DECLINAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO PROVIDO.

1. Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na carteira de trabalho e previdência social, atribuído à empresa privada. O sujeito passivo resguardado pela norma proibitiva contida no art. 297 do Código Penal é o Estado, num primeiro plano, mas não especificamente a União ou qualquer das pessoas jurídicas citadas no art. 109, I, da Constituição Federal; e, num segundo plano, a pessoa prejudicada pela falsificação.

2. Ausente lesão direta a bens, direitos e/ou interesses da União, de autarquia ou empresa pública federal, mas apenas reflexa, já que a imputação diz com registros irregulares em CTPS de empregados e não inclusão dos respectivos nomes em folhas de pagamento, a evidenciar apenas prejuízo indireto ao INSS, não há que se falar em competência da Justiça Federal para processar e julgar as condutas imputadas aos réus, relativas ao falso. Nesse sentido: STJ, AgRg no CC 127.340/RJ, Reg. 2013/0075469-1, Terceira Seção, Rel. Min. Marilza Maynard [Desembargadora Convocada do TJ/SE], j. 28.05.2014, v.u., DJe 10.06.2014.

3. Não subsistindo nos autos a razão pela qual os supostos crimes de falsidade documental haviam sido trazidos à apreciação da Justiça Federal, diante da extinção da punibilidade dos recorridos quanto ao crime de sonegação de contribuição previdenciária, com base no art. 9º da Lei nº 10.684/03, em razão da quitação do débito objeto da DEBCAD nº 35.889.596-0 pela Fundação Bragantina de Rádio e Televisão, correta a decisão do juízo de origem ao declinar da competência inicialmente fixada pela conexão. A respeito: STJ, CC 118.815, Reg. 201102089175, Terceira Seção, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira [Desembargadora Convocada do TJ/PE], j. 22.05.2013, v.u., DJe 29.05.2013.

4. *Recurso em sentido estrito não provido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de *recurso em sentido estrito* interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Federal de Bragança Paulista/SP que decretou extinta a punibilidade dos réus CARLOS EDUARDO GONÇALVES, RICARDO DE OLIVEIRA e TEREZA REGINA GRANZIERA ABI CHEDID em relação ao delito previsto no art. 337-A do Código Penal, e declinou da competência em favor do Juízo Estadual da Comarca de Bragança Paulista para apuração do crime capitulado no art. 297, § 4º, do Código Penal, também constante da denúncia, em atenção à Súmula nº 62 do Superior Tribunal de Justiça.

Inconformado, aduz o *Parquet* que a decisão que declinou da competência merece reparo, nos termos do art. 109, IV, da Constituição da República, uma vez que o bem jurídico tutelado no art. 297, §§ 3º e 4º, do Código Penal, é a fé pública, tendo como sujeito passivo do crime uma autarquia federal.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 34/39), o juízo de origem manteve a decisão impugnada e determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 03).

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Consta da denúncia (fls. 04/09, que os réus CARLOS EDUARDO GONÇALVES e RICARDO DE OLIVEIRA, na posição de diretores presidentes da *Fundação Bragantina de Rádio e Televisão*, e a ré TEREZA REGINA GRANZIERA ABI CHEDID, integrante de seu conselho diretor e posteriormente sua diretora administrativa e financeira, todos recorridos, teriam praticado os crimes previstos nos arts. 297, § 4º, e 337-A, I, II e III, ambos do Código Penal, em concurso formal, no período compreendido entre 04/2002 e 08/2005, nos seguintes termos:

SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O contribuinte deixou de promover a entrega e/ou omitiu de documentos de informações previsto na legislação previdenciária (Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social - GFIP - Lei 9528/1997) segurados empregados e contribuintes individuais, que lhe prestem serviços.

A constatação foi feita pela análise de GFIP, recibos de pagamentos, livros e lançamentos contábeis, documentos fiscais e reclamatórias trabalhistas, aos quais os Auditores Fiscais tiveram acesso durante a ação fiscal e cujas cópias encontram-se em anexo, e serão adiante enumeradas.

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO

O contribuinte deixou de realizar os regulares registros nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social - CTPS dos empregados que contratou, assim como também não os incluiu em folhas de pagamento, tampouco realizou as contabilizações com os devidos registros das reais naturezas dos pagamentos realizados.

Os motivos e documentos que levaram à conclusão da existência de vínculos empregatícios estão devidamente relatados no Relatório Fiscal, integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos 35.889.596-0, assim como nos Autos de Infrações, dos quais uma cópia integram a presente Representação (...).

A sentença prolatada pelo juízo de origem (fls. 26/28verso) declarou extinta a punibilidade dos réus em relação ao crime capitulado no art. 337-A do Código Penal (*sonegação de contribuição previdenciária*), com base no art. 9º da Lei nº 10.684/03, em razão da quitação do débito objeto da DEBCAD nº 35.889.596-0 pela *Fundação Bragantina de Rádio e Televisão*.

Em virtude disso, o juízo *a quo* declinou da competência em favor do Juízo Estadual da Comarca para julgamento do crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, ante o teor da Súmula nº 62 do Superior Tribunal de Justiça:

Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na carteira de trabalho e previdência social, atribuído à empresa privada.

Dito isso e examinados os autos, verifico não proceder a pretensão do Ministério Público Federal.

Diversamente do que sustenta o recorrente, o sujeito passivo resguardado pela norma proibitiva contida no art. 297 do Código Penal é o Estado, num primeiro plano, mas não especificamente a União ou qualquer das pessoas jurídicas citadas no art. 109, I, da Constituição Federal; e, num segundo plano, a pessoa prejudicada pela falsificação.

Logo, não havendo lesão direta a bens, direitos e/ou interesses da União, de autarquia ou empresa pública federal, mas apenas reflexa, já que a imputação diz com registros irregulares em CTPS de empregados e não inclusão dos respectivos nomes em folhas de pagamento, a evidenciar apenas prejuízo indireto ao INSS, não há que se falar em competência da Justiça Federal para processar e julgar as condutas imputadas aos réus, relativas ao falso. Nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ARTIGO 297, § 4º, DO CP. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. REGISTRO NA CTPS DIFERENTE DA REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELOS FUNCIONÁRIOS. INTERESSE DOS PARTICULARES LESADO EM SEUS DIREITOS TRABALHISTAS. SÚMULA Nº 62 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

- Hipótese em que sócio de empresa privada foi denunciado pela prática do crime de falsificação de documento público, porque fez constar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e nos contracheques de funcionários, nos anos de 2003 e 2005, valor de remuneração menor da real percebida.

- As circunstâncias delineadas não evidenciam prejuízo direto à bens, serviços e interesses da União, mas somente via reflexa ou indireta, da Previdência Social na anotação na CTPS de valor diferente da remuneração real, porquanto é na prestação de serviço que se encontra o fato gerador da contribuição previdenciária. Incidência do verbete sumular nº 62 do STJ. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no CC 127.340/RJ, Reg. 2013/0075469-1, Terceira Seção, Rel. Min. Marilza Maynard [Desembargadora Convocada do TJ/SE], j. 28.05.2014, v.u., DJe 10.06.2014)

Portanto, não subsistindo nos autos a razão pela qual os supostos crimes de falsidade documental haviam sido trazidos à apreciação da Justiça Federal, diante da extinção da punibilidade dos recorridos quanto ao crime de sonegação de contribuição previdenciária, correta a decisão do juízo de origem ao declinar da competência inicialmente fixada pela conexão. A respeito:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. ARQUIVAMENTO DE UM DOS DELITOS CONEXOS. DELITO REMANESCENTE DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Havendo conexão entre dois crimes, sendo um deles da competência da Justiça Federal e outro da Justiça Estadual e determinando-se o arquivamento quanto ao da competência da Justiça Federal, os autos deverão ser remetidos à Justiça Estadual para apurar o delito remanescente, de sua competência, uma vez que não mais subsiste a conexão.

2. No caso dos autos, proferida decisão pelo arquivamento do delito de uso de documento falso que teria sido praticado perante policiais rodoviários federais, remanesce o delito de falsidade documental, a ser processado e julgado pelo Juízo Estadual competente, para quem foram enviados os autos.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Única de Bandeirantes/MS, o suscitante.

(STJ, CC 118.815, Reg. 201102089175, Terceira Seção, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira [Desembargadora Convocada do TJ/PE], j. 22.05.2013, v.u., DJe 29.05.2013)

Na esteira da solução ora adotada, transcrevo o seguinte excerto extraído do parecer da Procuradoria Regional da República a fls. 41/45verso:

Remanescendo íntegra a persecução penal quando ao delito de omissão de registro em CTPS, é imperioso reconhecer que os interesses da autarquia previdenciária restaram assegurados com o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas - sob o ponto de vista patrimonial -, bem como dos segurados do INSS, já que tais recolhimentos, necessários para o deferimento de benefícios previdenciários, encontram-se efetivamente reconhecidos e vinculados, por meio de sistemas da autarquia previdenciária, aos trabalhadores.

A autarquia previdenciária, assim, sob o ponto de vista penal, não possui mais interesse algum no deslinde do caso, mormente quando a omissão de registros no CTPS - em vez da inserção de dados falsos, que poderia lesá-la sob o ponto de vista da concessão futura de benefícios previdenciários fraudulentos - não lhe causa prejuízo algum.

O único bem jurídico que remanesce a ser penalmente tutelado, no presente caso, é a higidez dos registros das CTPSs, não havendo interesse direto da União no presente caso, mormente quando os principais interessados na inserção dos devidos registros trabalhistas são os próprios trabalhadores, nascendo, daí, até por força da clareza solar da Súmula nº 62 do STJ, o interesse estadual/comum na persecução penal remanescente (fls. 43/43 verso).

Diante de todo o exposto, não merece reforma a decisão ora atacada, sendo o caso de negar provimento ao recurso em tela.

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso em sentido estrito.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

“HABEAS CORPUS”
0032448-50.2013.4.03.0000
(2013.03.00.032448-0)

Impetrante: LUIZ FERNANDO CORVETA VOLPE
Paciente: MARCELO PACHECO FRANÇA (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: HC 56927
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2014

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. LIBERDADE PROVISÓRIA. REQUISITOS SUBJETIVOS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

1. É natural que seja exigível o preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão de liberdade provisória. Contudo, tais requisitos, posto que necessários, não são suficientes. Pode suceder que, malgrado o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não faça jus à liberdade provisória, na hipótese em que estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva (STJ, HC nº 89.946-RS, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 11.12.07; RHC nº 11.504-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.10.01).
2. Marcelo Pacheco França foi preso em flagrante delito, no dia 07.07.10, por suposta prática do delito previsto no art. 273, parágrafo 1º-B, I e V, do Código Penal.
3. Concedida liberdade provisória, mediante fiança, o paciente assinou em 12.07.10, termo de fiança, comprometendo-se, dentre outras condições, a “estar à disposição da Polícia e da Justiça, nos períodos de férias e naqueles em que estiver no território nacional, no endereço de seus genitores, para receber intimações, não criando empecilhos de qualquer espécie”.
4. Contudo, recebida a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em maio de 2011, tentou-se, por diversas vezes, sem êxito, proceder-se à citação pessoal do acusado, tendo, inclusive, o Oficial de Justiça diligenciado junto à residência de seus genitores nos meses de janeiro e julho de 2012, tradicional período de férias do ano letivo.
5. O MM. Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, em maio de 2012, determinou a intimação do réu, por meio de seu defensor, que foi intimado pessoalmente, para que se apresentasse, junto àquele Juízo, para dar-se por citado, sob pena de revogação da liberdade provisória que lhe fora concedida. Porém, o acusado, mesmo tendo retornado ao país em data posterior a tal decisão, conforme informado por sua Defesa, não compareceu ao referido Juízo.
6. O MM. Juiz Federal designou audiência para o dia 25.01.13, para que o ora paciente fosse citado e intimado em relação aos termos da denúncia contra ele ofertada, tendo a sua Defesa informado que ele não compareceria ao ato por ter retornado para a Bolívia no dia 18.01.13 e que somente regressaria ao país em julho de 2013.
7. Em abril de 2013, foi novamente determinada a intimação do acusado, por meio de seu Defensor, para que comparecesse em Juízo, no prazo de sessenta dias, sob pena de ser decretada a quebra da fiança por ele prestada, revogado o benefício que lhe fora concedido e decretada a sua prisão preventiva. Entretanto, deixou de comparecer ao Juízo.
8. Por fim, por decisão decretada no dia 06.12.13, foram decretadas a quebra da fiança e a revogação do benefício da liberdade provisória concedida a Marcelo Pacheco França, bem como decretada a sua prisão preventiva, nos termos dos artigos 311, 312, parágrafo único, e 341, incisos II, III e IV, do Código Penal.

9. O paciente regressou ao país, sem se apresentar perante a Autoridade Judiciária, e tentou sair do território nacional no dia 26.12.13, quando foi preso.
10. Ordem denegada.

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, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de junho de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Marcelo Pacheco França, com pedido liminar, com o intento de revogar o decreto de sua prisão preventiva.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) o paciente é primário, tem bons antecedentes, residência fixa e exerce ocupação lícita, consistente em graduação em curso de medicina;

b) ausência de justa causa para seu encarceramento, uma vez que há a possibilidade de citação por carta rogatória já que o paciente possui residência fixa e é amparado pelo art. 368 do Código de Processo Penal (fls. 02/21).

Foram juntados os documentos de fls. 22/151.

A liminar foi indeferida às fls. 153/154.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 161/162v..

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 178/180).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Liberdade provisória. Requisitos subjetivos. Insuficiência. É natural que seja exigível o preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão de liberdade provisória. Contudo, tais requisitos, posto que necessários, não são suficientes. Pode suceder que, malgrado o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não faça jus à liberdade provisória, na hipótese em que estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...).
LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PÚBLICA. (...).
I - Resta devidamente fundamentada a r. (...)

II - Condições pessoais favoráveis como primariedade, residência fixa no distrito da culpa e ocupação lícita, não têm o condão de, por si só, garantir ao paciente a liberdade provisória, se há nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar (Precedentes).

(...)

Ordem denegada.

(STJ, HC nº 89.946-RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11.12.07)

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. (...). REQUISITOS SUBJETIVOS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.

(...)

7. Eventuais condições pessoais favoráveis ao réu, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não lhe são garantidoras ao direito à revogação da prisão cautelar, se existem outras que, como reconhecidas na decisão impugnada, lhe recomendam a custódia cautelar, cuja desnecessidade não resultou efetivamente demonstrada.

8. Recurso improvido.

(STJ, RHC nº 11.504-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.10.01)

Do caso dos autos. A ordem deve ser denegada, nos termos da liminar, haja vista que não sobreveio situação relevante para alterar o decidido às fls.161/162v.:

Verifica-se, a partir dos documentos carreados aos autos, que Marcelo Pacheco França foi preso em flagrante delito, no dia 07/07/2010, por suposta prática do delito previsto no artigo 273, parágrafo 1º-B, incisos I e V, do Código Penal.

Concedida liberdade provisória, mediante fiança, o paciente assinou em 12/07/2010, termo de fiança, comprometendo-se, dentre outras condições, a “estar à disposição da Polícia e da Justiça, nos períodos de férias e naqueles em que estiver no território nacional, no endereço de seus genitores, para receber intimações, não criando empecilhos de qualquer espécie”.

Contudo, recebida a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em maio de 2011, tentou-se, por diversas vezes, sem êxito, proceder-se à citação pessoal do acusado, tendo, inclusive, o Oficial de Justiça diligenciado junto à residência de seus genitores nos meses de janeiro e julho de 2012, tradicional período de férias do ano letivo.

Não obstante, o MM. Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, em maio de 2012, determinou a intimação do réu, por meio de seu defensor, que foi intimado pessoalmente, para que se apresentasse, junto àquele Juízo, para dar-se por citado, sob pena de revogação da liberdade provisória que lhe fora concedida. Porém, o acusado, mesmo tendo retornado ao país em data posterior a tal decisão, conforme informado por sua Defesa, não compareceu ao referido Juízo.

O MM. Juiz Federal designou audiência para o dia 25/01/2013, para que o ora paciente fosse citado e intimado em relação aos termos da denúncia contra ele ofertada, tendo a sua Defesa informado que ele não compareceria ao ato por ter retornado para a Bolívia no dia 18/01/2013 e que somente regressaria ao país em julho de 2013.

Mais uma vez, em abril de 2013, foi novamente determinada a intimação do acusado, por meio de seu Defensor, para que comparecesse em Juízo, no prazo de sessenta dias, para dar-se por citado, sob pena de ser decretada a quebra da fiança por ele prestada, revogado o benefício que lhe fora concedido e decretada a sua prisão preventiva.

Entretanto, desde então, Marcelo, mais uma vez, deixou de comparecer ao Juízo.

Por fim, por decisão decretada no dia 06/12/2013, foram decretadas a quebra da fiança e a revogação do benefício da liberdade provisória concedida a Marcelo Pacheco França, bem como decretada a sua prisão preventiva, nos termos dos artigos 311, 312, parágrafo único, e 341, incisos II, III e IV, todos do Código Penal.

Todavia, o paciente, desconhecendo a existência de mandado de prisão em seu desfavor, regressou mais uma vez ao país, sem se apresentar perante a Autoridade Judiciária, e tentou sair do território nacional no dia 26/12/2013, quando foi preso.

Desse modo, entendo não estar configurado o alegado constrangimento ilegal, indeferindo, por tais fundamentos, o pedido de liminar.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus* pleiteada.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0020710-84.2002.4.03.6100
(2002.61.00.020710-8)

Apelante: INTERNATIONAL PAPER DO BRASIL LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AMS 287588
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS SITUADAS NO EXTERIOR. DISPONIBILIDADE JURÍDICA DA RENDA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA PREVISTA NO *CAPUT* DO ART. 43 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. ART. 74, *CAPUT*, DA MP 2.158-35/2001. CONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 74 DA MP. 2.158-35/2001. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 2588/DF. § 9º DO ART. 2º DA IN SRF Nº 38/96. ILEGALIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1 - No caso em exame, a impetrante objetiva o afastamento da exigibilidade do recolhimento de créditos tributários, a título de IRPJ e CSLL, sobre lucros auferidos por empresa da qual foi controladora, nos termos do disposto no impugnado art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001 (DOU de 27/08/2001), e da IN/SRF nº 38/96 (art. 2º, § 9º), ao argumento da não ocorrência de disponibilização de lucros à controladora, ora recorrente.

2 - Insta salientar que no atual sistema constitucional tributário (art. 146, inc. III, “a” da Constituição Federal de 1988), cabe à lei complementar estabelecer as normas gerais sobre o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte dos impostos previstos na Lei Maior. Assim o fez o CTN, dotado da autoridade de lei complementar de que é revestido, no que tange ao imposto sobre a renda, trazendo tal diploma legal o conceito jurídico de renda em seu artigo 43.

Nesse diapasão, é cediço que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza possui como fato gerador a “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica” da renda ou acréscimo patrimonial, consoante se infere dos termos do art. 43 do CTN.

3 - Assim, configurada a disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais, como no caso em tela - no que alude aos lucros auferidos pela controlada da impetrante, no exterior -, tal fato jurídico, por si só, demonstra-se apto a compor a materialidade da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, bem como a base de cálculo do IRPJ, nos termos do disposto no art. 43, caput e parágrafos do CTN, posto não ser necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para a ocorrência do fato gerador do aludido imposto, bastando, para tanto, a constatação do acréscimo patrimonial, o qual restou verificado no balanço da empresa controlada da recorrente, com o auferimento de lucros nos anos-calendários de janeiro de 1996 a agosto de 2002, os quais foram devidamente contabilizados pelo método de

equivalência patrimonial, conforme aduziu a impetrante, caracterizando fato jurídico prescrito em lei como suficiente à aquisição do direito a seu titular (disponibilidade jurídica), sendo prescindível o efetivo ingresso financeiro nos cofres da investidora ou controladora.

Ademais, tal acréscimo patrimonial, decorrente de tais lucros obtidos pela controlada da impetrante no exterior, configuram majoração do patrimônio da controladora, proporcionalmente à participação acionária dessa na empresa controlada, sujeitando-se, portanto, à aplicação da legislação de regência no que tange ao recolhimento das exações em comento.

4 - Por sua vez, entendo que o comando prescrito no § 9º, do art. 2º da Instrução Normativa SRF nº 38, de 27 de junho de 1996 (revogada pela IN SRF nº 213, de 07/10/2002), extrapolou sua função meramente regulamentar e explicativa, e inovou no que dispôs quanto “à hipótese de alienação” do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil, em ofensa ao princípio da legalidade.

5 - Insta mencionar, no que tange à questão dos “lucros auferidos no exterior por controladas”, a previsão legal contida no art. 1º, caput, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (resultante da conversão da MP nº 1.602, de 14/11/1997), que assim prescreveu:

“Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil”.

Outrossim, o comando legal prescrito no art. 25, caput, da referida lei, já determinava que os lucros, rendimentos e ganhos de capital, auferidos no exterior, seriam computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas, correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano, conforme excerto cujo teor peço vênia transcrever:

“Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano”.

6 - Observa-se, no caso dos autos, que a recorrente insiste, equivocadamente, em sustentar que os valores atinentes aos lucros auferidos por sua controlada no exterior “nunca” foram disponibilizados à empresa controladora (apelante), não se sujeitando, portanto, à exigibilidade das exações em discussão ante a ausência de amparo legal, o que, conforme restou demonstrado, não merece prosperar.

7 - Por sua vez, no que tange ao impugnado artigo 74, caput, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, constata-se que tal dispositivo legal tratou apenas de apontar o “aspecto temporal ou momento” no qual os lucros auferidos por controlada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora, no caso em exame, para a apelante, não havendo que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade desse dispositivo normativo, porquanto em consonância com o disposto no comando do § 2º (acrescentado pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001) do art. 43 do CTN.

8 - Desse modo, verifica-se que a MP nº 2.158-35/2001, ao adotar a “data do balanço” em que os lucros tenham sido apurados na empresa controlada, independentemente de seu efetivo pagamento ou crédito, não maculou a regra-matriz da hipótese

de incidência do imposto sobre a renda, contida no caput do art. 43 do CTN, haja vista que, pré-existindo o acréscimo patrimonial, a lei estava autorizada a apontar o “momento” em que seriam considerados disponibilizados os lucros apurados pela empresa controlada.

Observa-se que tal dispositivo legal (art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35/2001) não criou tributo novo nem modificou o existente no que se refere ao fato gerador da exação, mas tão somente estabeleceu o momento no qual se dá a disponibilidade dos lucros auferidos pela controlada para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249/95 e do art. 21 da referida MP.

9 - Por derradeiro, no que respeita ao disposto no “parágrafo único”, do art. 74 da referida MP, que assim determinou: *“Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor”*, o Pleno do C. STF, em 10 de abril de 2013 (DJe 07/02/2014; Data de Publicação: 10/02/2014), ao julgar, por maioria, parcialmente procedente a ADI 2588/DF (Relatora Ministra Ellen Gracie; Relator para o Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa), manifestou entendimento (com efeito vinculante e *erga omnes*) no sentido da inconstitucionalidade da retroatividade veiculada no parágrafo único do referido dispositivo legal.

10 - Mister ressaltar, no caso em tela, que não obstante o recente julgado na ADI 2588/DF, pelo Colendo STF, quanto às hipóteses de empresas coligadas localizadas em “paraísos fiscais” e empresas controladas situadas em países sem tributação favorecida (ou “não paraíso fiscal”), não foi formada maioria de seis votos, e, quanto a essas hipóteses, não houve deliberação com eficácia própria de ADIs (efeito vinculante e *erga omnes*).

11 - Desse modo, os lucros auferidos no exterior restariam tributados, nos termos da MP 2.158-35/2001 (D.O.U de 27/08/2001), a partir de 1º/01/2002, quanto ao IRPJ, em observância ao princípio da irretroatividade e da anterioridade, e, no tocante à CSLL, após 24/11/2001, em obediência ao princípio da anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF/88).

Por oportuno, vale salientar, no que tange à CSLL, que a MP nº 2.158-34/2001, de 27 de julho de 2001 (DOU de 28/07/2001), objeto de reedição pela MP nº 2.158-35/2001, já dispunha, em seu art. 74, *caput*, acerca da determinação da base de cálculo de tais tributos, no que se aplica, in casu, à CSLL, a partir de 27 de outubro de 2001, em observância ao art. 195, § 6º, da Lei Maior.

Mister ressaltar, no caso em tela, que não obstante o recente julgado na ADI 2588/DF, pelo Colendo STF, quanto às hipóteses de empresas coligadas localizadas em “paraísos fiscais” e empresas controladas situadas em países sem tributação favorecida (ou “não paraíso fiscal”), não foi formada maioria de seis votos, e, quanto a essas hipóteses, não houve deliberação com eficácia própria de ADIs (efeito vinculante e *erga omnes*).

12 - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2014.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança, impetrado em 11 de setembro de 2002, contra ato do Delegado Especial de Assuntos Internacionais - DEAIN em São Paulo/SP, com pedido de liminar *inaudita altera pars* objetivando a suspensão da exigibilidade (art. 151, inc. IV, do CTN) de créditos tributários oriundos de lucros auferidos pela empresa controlada (Inverdays Company S/A.) no exterior, e não disponibilizados à impetrante a partir de 1996 (IRPJ) e 1999 (CSLL), afastando-se as disposições constantes do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, bem como da Instrução Normativa da SRF nº 38, de 27 de junho de 1996 (art. 2º, § 9º), ao reconhecimento de ilegalidade e inconstitucionalidade. Atribuído à causa o valor de R\$ 200.000,00 à época da propositura da ação mandamental.

A impetrante aduziu que era acionista majoritária da sociedade denominada Inverdays Company S/A, sediada em Montevidéu, no Uruguai, desde 30 de setembro de 1992, havendo tal sociedade controlada auferido lucros nos anos-calendários de janeiro de 1994 a agosto de 2002, os quais foram devidamente contabilizados pelo método de equivalência patrimonial para o fim de demonstrar aos acionistas da sociedade impetrante (controladora) a variação ocorrida no patrimônio líquido da empresa controlada, sem que tal fato implique efeito tributário, posto que não disponibilizados os lucros à controladora.

Informou que alienou sua participação societária na Inverdays para a empresa I. P. Investimentos Holland B.V, localizada em Amsterdã, na Holanda, em 2 de setembro de 2002, sem que tal operação acarretasse à controladora (impetrante) disponibilidade jurídica ou econômica dos lucros auferidos pela empresa controlada no exterior, não havendo que se falar em incidência de IRPJ e de CSLL.

Sustentou, em síntese, a ausência de previsão legal de tributação no caso de alienação de participação societária, não obstante a MP 2.158-35/2001 e a IN SRF nº 38/96 (art. 2º, § 9º) contradigam as Leis nº 9.249/95 e 9.532/97, dispondo sobre a tributação de lucros ainda não disponibilizados no Brasil, a serem adicionados ao lucro líquido para determinação do lucro real da alienante (controladora), obrigando a impetrante a considerar lucros não disponibilizados, a título de IRPJ e CSLL, como passíveis de tributação.

A medida liminar foi deferida para suspender a exigibilidade do IRPJ e da CSLL, apurados em relação aos lucros auferidos pela empresa controlada no exterior (Inverdays Company S/A.), e não disponibilizados à impetrante, afastando-se, por ora, os dispositivos da IN/SRF nº 38/96 e MP nº 2.158/2001, e abstendo-se a autoridade coatora da adoção de medidas coercitivas contra a impetrante até ulterior decisão judicial (fls. 276/280).

Da aludida decisão, a União interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, o qual restou indeferido, sendo ao final negado seguimento ao recurso.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido e denegou a segurança, extin-

guindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, e revogando a liminar deferida. Sem honorários advocatícios (fls. 332/336).

A impetrante interpôs recurso de apelação, requerendo, inicialmente, o recebimento do recurso em ambos os efeitos e, quanto ao mérito, a reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido, nos termos aduzidos de fls. 411/454.

Regularmente processado o recurso e recebido em ambos os efeitos (fls. 477/478).

Da aludida decisão, a União interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, tendo sido negado provimento ao recurso (autos em apenso).

Com contrarrazões da União (fls. 486/497), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso de apelação, para que seja reformada a sentença impugnada (fls. 533/537)

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

No caso em exame, a impetrante objetiva o afastamento da exigibilidade do recolhimento de créditos tributários, a título de IRPJ e CSLL, sobre lucros auferidos por empresa da qual foi controladora, nos termos do disposto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001 (DOU de 27/08/2001), e da IN/SRF nº 38/96 (art. 2º, § 9º), ao fundamento de ilegalidade e inconstitucionalidade, sob o argumento da não ocorrência de disponibilização de lucros à controladora, ora recorrente.

Para a solução da controvérsia, cumpre ressaltar o disposto no art. 43, *caput* e incisos, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), no que tange à definição do conceito de “renda e de proventos de qualquer natureza”, cujo teor passo a transcrever:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001).

Insta salientar que no atual sistema constitucional tributário (art. 146, inc. III, “a” da Constituição Federal de 1988), cabe à lei complementar estabelecer as normas gerais sobre o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte dos impostos previstos na Lei Maior. Assim o fez o CTN, dotado da autoridade de lei complementar de que é revestido, no que tange ao imposto sobre a renda, trazendo tal diploma legal o conceito jurídico de renda em seu artigo 43.

Nesse diapasão, é cediço que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza possui como fato gerador a “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica” da renda ou

acréscimo patrimonial, consoante se infere dos termos do art. 43 do CTN.

Nesse passo, faz-se mister trazer à baila alguns ensinamentos do Professor Zuudi Sakakihara, no que peço *vênia* para citar alguns trechos transcritos na obra “Código Tributário Nacional” Comentado, sob a coordenação de Vladimir Passos de Freitas (Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2011, pp. 195/199, in comentários ao art. 43 do CTN):

Definindo proventos de qualquer natureza como acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda, esse artigo deixa claro que a renda também é um acréscimo patrimonial. *Bem examinando o art. 43, percebe-se, então, que o CTN, na verdade, definiu como fato gerador do imposto de renda o acréscimo patrimonial, denominando-o ‘renda’, quando decorrente do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos, e ‘proventos de qualquer natureza’, nos demais casos. Renda e proventos, portanto, são espécies compreendidas dentro do gênero mais amplo dos acréscimos patrimoniais. Além disso, da maneira como a renda e os proventos de qualquer natureza foram conceituados, conclui-se que nenhum acréscimo patrimonial foi subtraído do campo de incidência do imposto, ficando livre o legislador ordinário para descrever como fato gerador do imposto sobre a renda qualquer fenômeno que manifeste um acréscimo patrimonial.*

(...)

A lei ordinária poderá considerar como renda não só cada um dos ingressos de riqueza nova, como a sua somatória no período, bem como apenas o efetivo aumento acusado pelo patrimônio ao final desse período.

(...)

Disponibilidade econômica ou jurídica. O *caput* do art. 43 define como fato gerador do imposto a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza.

A *aquisição da disponibilidade econômica* de renda ou de proventos caracteriza-se tão logo sejam estes incorporados ao patrimônio. Para que haja a disponibilidade econômica, basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito, ou por um elemento material, identificável como renda ou como proventos de qualquer natureza. Não importa que o direito ainda não seja exigível (um título de crédito ainda não vencido), ou que o crédito seja de difícil e duvidosa liquidação (contas a receber). O que importa é que possam ser economicamente avaliados e, efetivamente, acresçam o patrimônio.

Não se pode confundir a disponibilidade econômica com a disponibilidade financeira. Aquela se contenta com o simples acréscimo patrimonial, independentemente da efetiva existência dos recursos financeiros, enquanto esta pressupõe a existência física dos recursos em caixa.

(...)

A *disponibilidade jurídica*, por seu turno, pressupõe que o adquirente tenha a titularidade jurídica da renda ou dos proventos que crescem o seu patrimônio. Isso quer dizer que a renda ou os proventos devem provir de fonte lícita, pois só assim poderão merecer a tutela jurídica, e conferir o justo título ao adquirente. A aquisição da disponibilidade jurídica tem como consequência a aquisição também da disponibilidade econômica, pois a renda ou os proventos, juridicamente adquiridos, crescem necessariamente o patrimônio (grifos meus).

Assim, configurada a disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais, como no caso em tela - no que alude aos lucros auferidos pela controlada da impetrante, no exterior -, tal fato jurídico, por si só, demonstra-se apto a compor a materialidade da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, bem como a base de cálculo do IRPJ, nos termos do disposto no art. 43, *caput* e parágrafos do CTN, posto não ser necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para a ocorrência do fato gerador do aludido imposto, bastando,

para tanto, a constatação do acréscimo patrimonial, o qual restou verificado no balanço da empresa controlada da recorrente, com o auferimento de lucros nos anos-calendários de janeiro de 1996 a agosto de 2002, os quais foram devidamente contabilizados pelo método de equivalência patrimonial, conforme aduziu a impetrante, caracterizando fato jurídico prescrito em lei como suficiente à aquisição do direito a seu titular (disponibilidade jurídica), sendo prescindível o efetivo ingresso financeiro nos cofres da investidora ou controladora.

Ademais, tal acréscimo patrimonial, decorrente de tais lucros obtidos pela controlada da impetrante no exterior, configuram majoração do patrimônio da controladora, proporcionalmente à participação acionária dessa na empresa controlada, sujeitando-se, portanto, à aplicação da legislação de regência no que tange ao recolhimento das exações em comento.

Nesse sentido, trago à colação aresto do E. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS SITUADAS NO EXTERIOR. DISPONIBILIDADE JURÍDICA DA RENDA. ART. 74 DA MP. N. 2.158-35/2001. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA CONTIDA NO CAPUT DO ART. 43 DO CTN. PRECEDENTES.

1. “Para que haja a disponibilidade econômica, basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito, ou por um elemento material, identificável como renda ou como proventos de qualquer natureza. Não importa que o direito ainda não seja exigível (um título de crédito ainda não vencido), ou que o crédito seja de difícil e duvidosa liquidação (contas a receber). O que importa é que possam ser economicamente avaliados e, efetivamente, acresçam ao patrimônio.” (Zuudi Sakakihara in “Código Tributário Nacional Comentado”, coordenador Vladimir Passos de Freitas, Ed. RT, p. 133).

2. “Não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira da renda ou dos proventos de qualquer natureza. Enquanto esta última se refere à imediata ‘utilidade’ da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros.” (REsp 983.134/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.4.2008, DJe 17.4.2008.)

3. “Não é necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para que se considere ocorrido o fato gerador do imposto de renda, limitando-se a lei a exigir a verificação do acréscimo patrimonial (disponibilidade econômica). No caso, o incremento patrimonial verificado no balanço de uma empresa coligada ou controlada no exterior representa a majoração, proporcionalmente à participação acionária, do patrimônio da empresa coligada ou controladora no Brasil.” (REsp 983.134/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.4.2008, DJe 17.4.2008).

4. O julgamento do REsp 1.211.882/RJ, relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, reiterou a legalidade de tributação do IRPJ e da CSLL sobre os lucros auferidos por empresas brasileiras investidoras, sobre empresas investidas no exterior, destacando a ilegalidade somente quanto ao art. 7º da IN SRF 213/02, ao determinar a incidência tributária sobre a integridade da variação positiva, pois a existência de balanço patrimonial positivo não acarreta, necessariamente, em lucro.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.232.796/RS, Relator Ministro Humberto Martins; Segunda Turma; v.u.; Data do Julgamento: 02/02/2012; DJe: 09/02/2012).

Na esteira do mesmo raciocínio, transcrevo julgado desta Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - ARTIGO 19 DA MP 1.858-6, DE 29/06/99 - INCIDÊNCIA SOBRE TODO O PERÍODO DE 1999 - FATO GERADOR COMPLEXIVO - MOMENTO EM

QUE OS LUCROS SÃO DISPONIBILIZADOS PARA A MATRIZ. 1. O artigo 19 da MP 1.858-6, de 29/06/99, estendeu para a Contribuição Social Sobre o Lucro (CSL) o princípio da universalidade da receita em detrimento do critério da territorialidade, de modo a abranger na base de cálculo do referido tributo os ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas nacionais, diretamente ou através de filiais, sucursais ou agências. 2. A incidência da MP 1.858-6 aos lucros gerados em todo o período do ano de 1999 não importa em aplicação retroativa da norma, uma vez que o fato gerador do tributo em comento só se consuma após a sua vigência. 3. O fato gerador tributo em comento é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, de maneira que não se leva em consideração, para fins de tributação, a data em que o lucro é “gerado”, mas sim “disponibilizado” para a matriz, o que ocorre no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário relativo à apuração. 4. O fenômeno que ocorre é o da incidência tributária a fato gerador complexo, a cujo respeito já se manifestou o Egrégio STF, ao decidir o RE nº 181.664-3-RS, raciocínio em tudo idêntico ao presente caso. 5. Apelação e Remessa oficial providas. (AMS 225533, Relator Desembargador LAZARANO NETO; Sexta Turma; Data de Julgamento: 10/12/2009; e-DJF3 Judicial 1 Data: 15/03/2010, p. 859).

Insta mencionar, no que tange à questão dos “lucros auferidos no exterior por controladas”, a previsão legal contida no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (resultante da conversão da MP nº 1.602, de 14/11/1997), que assim prescreveu:

Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

Outrossim, o comando legal prescrito no art. 25, *caput*, da referida lei, já determinava que os lucros, rendimentos e ganhos de capital, auferidos no exterior, seriam computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas, correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano, conforme excerto cujo teor peço vênia transcrever:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

Observa-se, no caso dos autos, que a recorrente insiste, equivocadamente, em sustentar que os valores atinentes aos lucros auferidos por sua controlada no exterior “*nunca*” foram disponibilizados à empresa controladora (apelante), não se sujeitando, portanto, à exigibilidade das exações em discussão ante a ausência de amparo legal, o que, conforme restou demonstrado, não merece prosperar.

Por sua vez, no que tange ao impugnado artigo 74, *caput*, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, constata-se que tal dispositivo legal tratou apenas de apontar o “aspecto temporal ou momento” no qual os lucros auferidos por controlada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora, no caso em exame, para a apelante, não havendo que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade desse dispositivo normativo, porquanto em consonância com o disposto no comando do § 2º (acrescentado pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001) do art. 43 do CTN.

Nesses termos, assim dispôs o art. 74, *caput*, da aludida MP:

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil *na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento* (grifos meus).

Desse modo, verifica-se que a MP nº 2.158-35/2001, ao adotar a “data do balanço” em que os lucros tenham sido apurados na empresa controlada, independentemente de seu efetivo pagamento ou crédito, não maculou a regra-matriz da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, contida no *caput* do art. 43 do CTN, haja vista que, pré-existindo o acréscimo patrimonial, a lei estava autorizada a apontar o “momento” em que seriam considerados disponibilizados os lucros apurados pela empresa controlada.

Observa-se que tal dispositivo legal (art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35/2001) não criou tributo novo nem modificou o existente no que se refere ao fato gerador da exação, mas tão somente estabeleceu o momento no qual se dá a disponibilidade dos lucros auferidos pela controlada para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249/95 e do art. 21 da referida MP.

Cumpra mencionar que subsiste o regime até então aplicável aos resultados de avaliação dos investimentos realizados pelas empresas, ainda que se trate de investimentos no exterior, a teor das disposições constantes dos arts. 21 a 23 do Decreto-lei nº 1.598/77 e art. 389 e seguintes do RIR/99 (Decreto nº 3.000/99), quanto ao IRPJ, e as do art. 2º, § 1º, “c”, 1º e 4º, da Lei nº 7.689/88, quanto à CSLL, porque também integram a legislação vigente a que alude o § 6º do art. 25 da Lei nº 9.249/95.

Ademais, o fato de a empresa recorrente proceder à alienação de sua participação societária na empresa controlada, não a exime da exigibilidade da exação em relação ao fato gerador até então ocorrido, e antecedente ao advento da transferência, sob pena de ofensa ao disposto no art. 123 do CTN.

Por sua vez, entendo que o comando prescrito no § 9º, do art. 2º da Instrução Normativa SRF nº 38, de 27 de junho de 1996 (revogada pela IN SRF nº 213, de 07/10/2002), extrapolou sua função meramente regulamentar e explicativa, e inovou no que dispôs quanto “à hipótese de alienação” do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil, em ofensa ao princípio da legalidade, cujo teor peço vênha reproduzir:

(...)

§ 9º Na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil.

(...)

Por derradeiro, no que respeita ao disposto no *parágrafo único*, do art. 74 da referida MP, que assim determinou: “Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor”, o Pleno do C. STF, em 10 de abril de 2013 (DJe 07/02/2014; Data de Publicação: 10/02/2014), ao julgar, por maioria, parcialmente procedente a ADI 2588/DF (Relatora Ministra Ellen Gracie; Relator para o Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa), manifestou entendimento

(com efeito vinculante e erga omnes) no sentido da inconstitucionalidade da retroatividade veiculada no parágrafo único do referido dispositivo legal, conforme ementa cujo teor peço vênia reproduzir:

Ementa: TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (“31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO”). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). APLICAÇÃO DA NOVA METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO TRIBUTO PARA A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS APURADA EM 2001. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000). 1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados: 1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros; 1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielísivo (impedir “planejamento tributário”) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de de Equivalência Patrimonial - MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248); 1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada; 1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização. 2. *Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece*: 2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”; 2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei); 2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001. *Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao art. 74 da MP 2.158-35/2001, bem como para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de retroatividade prevista no art. 74, par. ún., da MP 2.158/2001* (grifos meus).

Desse modo, os lucros auferidos no exterior restariam tributados, nos termos da MP 2.158-35/2001 (D.O.U de 27/08/2001), a partir de 1º/01/2002, quanto ao IRPJ, em observância ao princípio da irretroatividade e da anterioridade, e, no tocante à CSLL, após 24/11/2001, em obediência ao princípio da anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF/88).

Por oportuno, vale salientar, no que tange à CSLL, que a MP nº 2.158-34/2001, de 27 de julho de 2001 (DOU de 28/07/2001), objeto de reedição pela MP nº 2.158-35/2001, já dispunha, em seu art. 74, *caput*, acerca da determinação da base de cálculo de tais tributos, no que se aplica, *in casu*, à CSLL, a partir de 27 de outubro de 2001, em observância ao art. 195, § 6º, da Lei Maior.

Mister ressaltar, no caso em tela, que não obstante o recente julgado na ADI 2588/DF, pelo Colendo STF, quanto às hipóteses de empresas coligadas localizadas em “paraísos fiscais”

e empresas controladas situadas em países sem tributação favorecida (ou “não paraíso fiscal”), não foi formada maioria de seis votos, e, quanto a essas hipóteses, não houve deliberação com eficácia própria de ADIs (efeito vinculante e *erga omnes*).

Ante o explanado, dou parcial provimento ao recurso da impetrante para reconhecer a ilegitimidade do disposto no § 9º, do art. 2º, da IN SRF nº 38/96, bem como ao reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 pela Suprema Corte, restando aplicado o disposto no *caput* do aludido dispositivo legal, em relação ao IRPJ a partir de 1º de janeiro de 2002 e, em relação à CSLL, após 24 de novembro de 2001.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0001047-05.2005.4.03.6114

(2005.61.14.001047-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 279/284v

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apeladas: CIE AUTOMOTIVE S/A E AUTOMETAL S/A

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AMS 285646

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2014

EMENTA

AGRAVO. ARTIGO 557 DO CPC. IRRF. TRATADO INTERNACIONAL. BRASIL-ESPANHA. SERVIÇOS PRESTADOS NO EXTERIOR. EMPRESA ESTRANGEIRA. CONTRATANTE BRASILEIRA. REMESSA AO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NO PAÍS DE DESTINO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Para a aplicação do disposto no art. 557 do CPC não há necessidade de que haja entendimento unânime nos Tribunais Pátrios. A existência de jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores já seria suficiente. Precedentes do STJ.

2. A mera alegação de que a jurisprudência mencionada pela decisão combatida não é dominante porque foi decidida em único julgado, sem que venha acompanhada da indicação de precedentes outros que possam sugerir o afastamento da preponderância afirmada pela decisão, por certo não é bastante a impedir o julgamento monocrático do recurso ocorrido ao amparo da sistemática processual inserta no art. 557 do CPC.

3. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que os Tratados e Convenções Internacionais têm força de lei ordinária, prevalecendo aquela mais recente ou específica, já que não há hierarquia entre lei federal e tratado.

4. Em matéria tributária, havendo confronto entre tratado e lei federal, deve-se observar o contido no art. 98 do Código Tributário Nacional que estabelece que lei ordinária não pode se sobrepor a tratado em vigor.

5. A legislação do imposto de renda, lei federal, cede ao previsto no Tratado Internacional, quando com ele incompatível.

6. O art. 7 do Tratado Internacional firmado com a Espanha para evitar a dupla tributação, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 62/75 e internalizado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 76.975/76, não conceitua o termo “lucros”, cabendo extrair-se da legislação interna tal conceito.

7. A interpretação que se deve dar à expressão “lucros” equivale à lucro operacional que decorre imediatamente da venda de produtos e prestação de serviços.

8. Demonstrada a existência de contrato firmado com pessoa jurídica situada no exterior relativo à prestação de serviço, não se pode compelir o contribuinte à dupla tributação, devendo haver incidência do imposto sobre a renda somente no país de destino. Precedentes.

9. 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, 17 de julho 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 Código de Processo Civil, interposto pela União em face da decisão monocrática de f. 279-284v que negou seguimento à remessa oficial e ao recurso de apelação da agravante, contra a sentença que concedeu a ordem para suspender a exigibilidade do imposto de renda retido na fonte - IRRF, incidente nas operações de remessa simbólica de câmbio, a serem realizadas na conversão de dívida contraída, em investimento, pela impetrante *Autometal S/A* (empresa brasileira), oriunda da prestação de serviços pela *CIE Automotive S/A* (empresa espanhola), bem como sobre valores pagos em decorrência dos serviços prestados pela empresa estrangeira.

A União alega que:

- a) não se aplica o art. 557 do Código de Processo Civil;
- b) “as parcelas pagas não se inserem na definição de lucro e, portanto, não se submetem à disciplina do art. 7º da Convenção” (f. 289v);
- c) “o lucro real não é a única base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica” (f. 289v);
- d) “em virtude da ausência de menção expressa ao termo receita ou a qualquer outro termo que a abranja no corpo da Convenção, aplica-se o art. 22 da convenção Brasil-Espanha” (f. 290);
- e) “o rendimento enviado ao exterior por sociedade brasileira a sociedade estrangeira, em virtude de contrato de prestação de serviços, será tributado no Brasil, podendo, também ser tributado na Espanha (art. 22 da respectiva Convenção). O lucro decorrente da apuração contábil de resultados será tributado, exclusivamente, no país sede da prestadora de serviços, sob o amparo do art. 7º da Convenção mencionada (f. 290v)”.

É o sucinto relatório. Decido.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Sobre a aplicação do artigo art. 557 do CPC, esclareça-se que não há necessidade de jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. A existência de jurisprudência dominante no Tribunal ou nos Tribunais Superiores já é suficiente.

A redação do citado artigo é clara a esse respeito:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 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.

A propósito, cito os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL LEI 9.421/96. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, XXXV E LV, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 283 DO STF. ART. 557 DO CPC. ATRIBUIÇÕES DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão com base em legislação ordinária. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, XXXV e LV, da Constituição pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. III - A exigência do art. 93, IX, da CF não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique de forma clara as razões de seu convencimento. IV - O agravo regimental deve atacar todos os fundamentos suficientes da decisão agravada. Súmula 283 do STF. V - Quanto ao art. 557 do CPC, na linha do entendimento desta Corte, é constitucionalmente legítima a, “atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este - R.I./S.T.F., art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; C.P.C., art. 557, redação da Lei 9.756/98 - desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado” (RE 321.778-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Velloso). VI - Agravo regimental improvido. (STF, RE-AgR 545407, Min. Relator RICARDO LEWANDOWSKI).

PROCESSUAL CIVIL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO À APELAÇÃO FUNDADA NO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC - POSSIBILIDADE - AGRAVO INTERNO CONSIDERADO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE - NÃO CONFIGURAÇÃO - IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SE REPELE - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL.

1. Nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 34, XVIII, do RISTJ, é possível que o relator negue seguimento a recurso quando manifestamente improcedente ou contrário à Súmula ou a entendimento pacificado pela jurisprudência do Tribunal de origem, ou de Cortes Superiores, rendendo homenagem à economia e celeridade processuais, sem que configure, em tese, ofensa ao princípio da colegialidade, o qual estará preservado mediante a possibilidade de interposição de agravo interno, hipótese que foi devidamente exercitada pelo interessado.

2. Não se considera procrastinatório ou manifestamente infundado o agravo interno manejado com o intuito de provocar decisão colegiada, possibilitando a interposição de recurso especial, devendo ser afastada a aplicação da multa do artigo 557, § 2º, do CPC.

3. Recurso especial parcialmente provido para, unicamente, afastar a imposição da multa do artigo 557, § 2º, do CPC. (STJ, REsp 1203494/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 29/10/2012)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. JUROS MORATÓRIOS ENTRE A ELABORAÇÃO DOS CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO/RPV. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ART. 557, § 1º-a, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.143.677/RS, firmou entendimento de que não incidem juros de mora entre a elaboração da conta de liquidação e a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV). Precedentes.
2. O artigo 557, § 1º-a, do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 9.756/98, possibilitou ao relator, por decisão monocrática, dar provimento a recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal Superior, como no caso.
3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1138619/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 26/10/2011).

Ademais, a mera alegação de que a jurisprudência mencionada pela decisão combatida não é dominante porque retrata matéria decidida em único julgado, sem que venha acompanhada da indicação de precedentes outros que, por sua contemporaneidade, conteúdo e expressão numérica, possam sugerir o afastamento da preponderância afirmada pela decisão, por certo não é bastante a impedir o julgamento monocrático do recurso ocorrido com esteio na sistemática processual inserta no art. 557 do CPC.

Desse modo, não se extrai qualquer ilegalidade na utilização do art. 557 do Código de Processo Civil, considerando-se que a jurisprudência referida pela decisão combatida não foi devidamente infirmada pela agravante.

No tocante ao mérito, a decisão combatida veio vazada nos seguintes termos:

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que os Tratados e Convenções Internacionais têm força de lei ordinária, prevalecendo aquela mais recente ou específica, já que não há hierarquia entre lei federal e tratado. Veja-se:

“EXTRADIÇÃO - CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E DE CONCUSSÃO - DISCUSSÃO SOBRE MATÉRIA PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - DERROGAÇÃO, NESTE PONTO, DO CÓDIGO BUSTAMANTE (ART. 365, 1, *IN FINE*), PELO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS - PROCESSO EXTRADICIONAL REGULARMENTE INSTRUÍDO - JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO REQUERENTE SOBRE OS ILÍCITOS ATRIBUÍDOS AOS EXTRADITANDOS - JULGAMENTO DA CAUSA PENAL, NO ESTADO REQUERENTE, POR TRIBUNAL REGULAR E INDEPENDENTE - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PENAL EXTRAORDINÁRIA CONCERNENTE AO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA - ACOLHIMENTO PARCIAL DA POSTULAÇÃO EXTRADICIONAL UNICAMENTE QUANTO AO CRIME DE CONCUSSÃO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. CÓDIGO BUSTAMANTE - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - O Código Bustamante - que constitui obra fundamental de codificação do direito internacional privado - não mais prevalece, no plano do direito positivo interno brasileiro, no ponto em que exige que o pedido extradicional venha instruído com peças do processo penal que comprovem, ainda que mediante indícios razoáveis, a culpabilidade do súdito estrangeiro reclamado (art. 365, 1, *in fine*). O sistema de contenciosidade limitada - adotado pelo Brasil em sua legislação interna - não autoriza, em tema de extradição passiva, que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se proceda ao reexame de mérito concernente aos atos de persecução penal praticados no Estado requerente. Precedentes: RTJ 73/11 - RTJ 139/470 - RTJ 140/436 - RTJ 141/397 - RTJ 145/428. PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS - *Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos*

*de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico *lex posterior derogat priori* ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. EXTRADIÇÃO E PRESCRIÇÃO PENAL - Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Com a consumação da prescrição penal extraordinária pertinente ao delito de corrupção passiva, reconhecida nos termos da legislação criminal peruana, inviabilizou-se - no que concerne a essa específica modalidade de crime contra a Administração Pública - a possibilidade de deferimento da postulação extradicional.”*

(STF, Plenário, Ext nº 662, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30.5.97) grifei

No entanto, em matéria tributária, havendo confronto entre tratado e lei federal, deve-se observar o contido no art. 98 do Código Tributário Nacional que estabelece que lei ordinária não pode se sobrepor a tratado em vigor.

Nesse particular a legislação do imposto de renda, lei federal, cede ao previsto no Tratado Internacional, quando com ele incompatível.

A corroborar tal entendimento colho os seguintes precedentes:

“ICM. CRÉDITO PRESUMIDO DE 80% EM FAVOR DO PRODUTOR DE MACAS, SEGUNDO O CONVENIO ICM 03/80. TRATADO DE MONTEVIDEU: ARTIGO 21. HONORARIO DE ADVOGADO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EM SE TRATANDO DE TRATADO DE NATUREZA CONTRATUAL, NÃO HÁ DUVIDA DE QUE SE LHE APLICA O DISPOSTO NO ARTIGO 98 DO C.T.N.”

(STF - RE 100105/RS - Rel. Ministro Moreira Alves - DJ 27-04-1984, p. 06260)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. OPERAÇÕES DE CâMBIO RELATIVAS À GUIA DE IMPORTAÇÃO. PROTOCOLO DE PROTEÇÃO COMERCIAL BRASIL-URUGUAI. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Em se tratando de matéria tributária, a superveniência de legislação nacional não revoga disposição contida em tratado internacional contratual, consoante dispõe o art. 98 do CTN.
2. Recurso especial não-provido.”

(STJ - Segunda Turma - RESP 228324/RS - Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - DJ 01.07.2005, p. 458)

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRIMAZIA DE TRATADO SOBRE LEI FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ART. 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

1. Discute-se a validade do Ato Declaratório nº 1 de 05 de janeiro de 2000, em face de convenção Internacional firmada entre Brasil e Espanha, aprovada pelo Decreto nº 76975, de 02 de janeiro de 1976, que tem por objetivo evitar a bitributação entre Brasil e Espanha.
2. Em nosso sistema constitucional, tem prevalecido o entendimento de que o tratado e a lei federal gozam da mesma hierarquia normativa, de modo que, ao sabor da teoria dualista, prevalece à norma que for editada posteriormente, seja lei ou tratado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
3. No caso sob exame, todavia, há a específica circunstância de se tratar do confronto de tratado e lei federal em matéria tributária, que ganha outra perspectiva jurídica em face do art. 98 do Código Tributário Nacional.
4. Lei ordinária não pode sobrepor-se a tratado em vigor, em matéria tributária, em face do previsto no art. 98 do Código Tributário Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal

e do Superior Tribunal de Justiça.

5. Remessa oficial e apelação improvidas.”

(TRF/3ª Região, 3ª Turma, ApelReex nº 0012154-64.2000.4.03.6100, rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto, DJe 23/3/12).

No tocante à alegação de inaplicabilidade do art. 7 do Tratado Internacional firmado com a Espanha para evitar a dupla tributação, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 62/75 e internalizado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 76.975/76, não assiste razão à recorrente. O artigo 7 do tratado firmado prevê que:

“Artigo 7

Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

2. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições do presente artigo.”

O tratado refere-se a “lucros” não conceituando, no entanto, o termo, cabendo, destarte, extrair-se da legislação interna tal conceito.

A interpretação que se deve dar à expressão “lucros” equivale à lucro operacional que decorre imediatamente da venda de produtos e prestação de serviços. Explica-se.

A legislação brasileira consagra várias modalidades de lucro, quais sejam, lucro real, lucro líquido do período de apuração, lucro operacional e lucro bruto.

O lucro real conceituado pelo art. 247 do Decreto-lei nº 3.000/99 “é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas” por lei.

Admitindo-se tal interpretação o art. 7 do Tratado Internacional seria letra morta, já que a retenção antecipada do tributo torna inviável os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente auferido, afastando-se, ainda, a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo ao final do exercício financeiro.

Com efeito, os ajustes serão efetuados no Estado Estrangeiro e no final do exercício financeiro, sendo incompatível a tributação na fonte pagadora, ou seja, no Brasil, mesmo porque ainda não efetuados os ajustes pertinentes.

Destarte, a interpretação que se deve dar a “lucros” não se restringe a lucro real.

O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais e das participações (art. 248 do Decreto nº 3.000/99).

Entendendo-se por lucro operacional o resultado das atividades principais ou acessórias que constituam objeto da pessoa jurídica, *verbis*:

“LUCRO OPERACIONAL

Seção I

Disposições Gerais

Art. 277. *Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica* (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11). grifei

Parágrafo único. A escrituração do contribuinte, cujas atividades compreendam a venda de bens ou serviços, deve discriminar o lucro bruto, as despesas operacionais e os demais resultados operacionais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11, § 1º).

O lucro operacional é calculado a partir da receita bruta, decorrente das vendas de bens e dos preços dos serviços prestados. *Verbis*:

“Subseção I

Disposições Gerais sobre Receitas

Receita Bruta

Art. 279. *A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia* (Lei nº 4.506, de 1964, art. 44, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12). grifei

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário”.

Assim, o art. 7 do Tratado firmado entre a Espanha e o Brasil ao referir-se a “lucros” tratou de lucro operacional, decorrente da prestação de serviços.

A impetrante, ora recorrida, demonstrou a existência de contrato firmado com pessoa jurídica situada no exterior relativo à prestação de serviço, pelo que não poderia ser compelida ao pagamento do imposto de renda na forma que lhe está sendo exigido. Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO. BRASIL-ALEMANHA E BRASIL-CANADÁ. ARTS. VII E XXI. RENDIMENTOS AUFERIDOS POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À EMPRESA BRASILEIRA. PRETENSÃO DA FAZENDA NACIONAL DE TRIBUTAR, NA FONTE, A REMESSA DE RENDIMENTOS. CONCEITO DE ‘LUCRO DA EMPRESA ESTRANGEIRA’ NO ART. VII DAS DUAS CONVENÇÕES. EQUIVALÊNCIA A ‘LUCRO OPERACIONAL’. PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES SOBRE O ART. 7º DA LEI 9.779/99. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 98 DO CTN. CORRETA INTERPRETAÇÃO.

1. A autora, ora recorrida, contratou empresas estrangeiras para a prestação de serviços a serem realizados no exterior sem transferência de tecnologia. Em face do que dispõe o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, segundo o qual ‘os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade em outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado’, deixou de recolher o imposto de renda na fonte.

(...)

4. O termo ‘lucro da empresa estrangeira’, contido no art. VII das duas Convenções, não se limita ao ‘lucro real’, do contrário, não haveria materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido ao estrangeiro está - e estará sempre - sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro.

5. A tributação do rendimento somente no Estado de destino permite que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada - e portanto, definitiva - do tributo na fonte pagadora, como pretende a Fazenda Nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro.

6. Portanto, ‘lucro da empresa estrangeira’ deve ser interpretado não como ‘lucro real’, mas como ‘lucro operacional’, previsto nos arts. 6º, 11 e 12 do Decreto-lei nº 1.598/77 como ‘o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica’,

ai incluído, obviamente, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

7. A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional.

8. O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio lex specialis derogat generalis, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção.

(...)

10. No caso, o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá deve prevalecer sobre a regra inserta no art. 7º da Lei 9.779/99, já que a norma internacional é especial e se aplica, exclusivamente, para evitar a bitributação entre o Brasil e os dois outros países signatários. Às demais relações jurídicas não abarcadas pelas Convenções, aplica-se, integralmente e sem ressalvas, a norma interna, que determina a tributação pela fonte pagadora a ser realizada no Brasil.

11. Recurso especial não provido.”

(STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.161.467, rel. Min. Castro Meira, DJe de 1.6.2012)

“DIREITO TRIBUTÁRIO. TRATADOS INTERNACIONAIS. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. ARTIGO 7º, LEI 9.779/99. HONORÁRIOS. SERVIÇOS PRESTADOS NO EXTERIOR EMPRESA ESTRANGEIRA. CONTRATANTE BRASILEIRA. REMESSA AO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NO PAÍS DE DESTINO.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que tratados internacionais, regularmente incorporados ao direito nacional, não têm superioridade hierárquica sobre o direito interno, assim a definição da norma a prevalecer, em caso de antinomia, sujeita-se à verificação da efetiva revogação, ou não, da anterior pela posterior.

2. Caso em que se postula a aplicação de acordos internacionais, destinados a evitar a dupla tributação, em matéria de imposto de renda e capital, firmados pelo Brasil com: Alemanha (Decreto Legislativo 92/75 - f. 84/102), Argentina (Decreto Legislativo 74/81 - f. 103/119v), Áustria (Decreto Legislativo 95/75 - f. 120/136), Bélgica (Decreto Legislativo 76/72 - f. 137/154v), Canadá (Decreto Legislativo 28/85 - f. 155/164v), Chile (Decreto Legislativo 331/03 - f. 165/185), Espanha (Decreto Legislativo 76.975/76 - f. 185/201v), França (Decreto Legislativo 87/71 - f. 202/218), Itália (Decreto Legislativo 77/79 - f. 219/237), Japão (Decreto Legislativo 43/67 - f. 238/252), Portugal (Decreto Legislativo 188/01 - f. 253v/271v), e República Tcheca e Eslováquia (Decreto Legislativo 11/90 - f. 272/280).

3. Os tratados internacionais dispõem, basicamente, que ‘Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos do presente acordo, as disposições desses artigos não serão afetadas pelo presente artigo.’

4. Para defender a incidência do imposto de renda, em casos que tais, a PFN invocou o Ato Declaratório Normativo COSIT 01/2000, e o artigo 7º da Lei 9.779/1999. Dispõe o primeiro, no que ora releva: 'I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia sujeitam-se à tributação de acordo com o artigo 685, II, alínea "a", do Decreto nº 3.000/99; II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo'.

5. Todavia, ato normativo da Administração não cria hipótese de incidência fiscal e, além disso, a situação nela disciplinada refere-se apenas à serviços técnicos, não equivalentes aos que são discutidos na presente ação. Já o artigo 7º da Lei 9.779/1999 estabelece que 'os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento'.

6. Não houve revogação dos tratados internacionais pelo artigo 7º da Lei 9.779/1999, pois o tratamento tributário genérico, dado pela lei nacional, às remessas a prestadores de serviços domiciliados no exterior, qualquer que seja o país em questão, não exclui o específico, contemplado em lei convencional, por acordos bilaterais. Embora a lei posterior possa revogar a anterior *lex posterior derogat priori*, o princípio da especialidade *lex specialis derogat generalis* faz prevalecer a lei especial sobre a geral, ainda que esta seja posterior, como ocorreu com a Lei 9.779/1999.

7. Acordos internacionais valem entre os respectivos subscritores e, assim, tem caráter de lei específica, que não é revogada por lei geral posterior, daí porque a solução do caso concreto encontra-se, efetivamente, em estabelecer e compreender o exato sentido, conteúdo e alcance da legislação convencional, a que se referiu a inicial. Esta interpretação privilegia, portanto, o entendimento de que, embora não haja hierarquia entre tratado e lei interna, não se pode revogar lei específica anterior com lei geral posterior. Ademais, estando circunscritos os efeitos de tratados às respectivas partes contratantes, possível e viável o convívio normativo da lei convencional com a lei geral, esta para todos os que não estejam atingidos pelos tratados, firmados com o objetivo de evitar a dupla tributação. Se isto fere a isonomia, a eventual inconstitucionalidade deve ser discutida por parte de quem foi afetado pela lei nova que, ao permitir a retenção pela fonte no Brasil, abriu caminho para a dupla oneração do prestador de serviço com domicílio no exterior.

8. Os tratados referem-se a 'lucros', porém resta claro, a partir dos textos respectivos, que a expressão remete, tecnicamente, ao conceito que, na legislação interna, equivale a rendimento ou receita, tanto assim que as normas convencionais estipulam que 'No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados'.

9. Despesas e encargos são deduzidos da receita ou rendimento a fim de permitir a apuração do lucro, logo o que os tratados excluíram da tributação, no Estado pagador, que contratou a prestação de serviços no exterior, não é tão-somente o lucro, até porque o respectivo valor não poderia ser avaliado por quem simplesmente faz a remessa do pagamento global. O que excluíram os tratados da tributação no Brasil, para evitar a dupla incidência, foi o rendimento auferido com a prestação do serviço para que, no Estado de prestação, ou seja, no exterior, seja promovida a sua tributação, garantida ali, conforme a lei respectiva, a dedução de despesas e encargos, revelando, portanto, que não existe espaço válido para a prevalência da aplicação da lei interna, que prevê tributação, pela fonte pagadora no Brasil, de pagamentos, com remessa de valores a prestadoras de serviços, exclusivamente domiciliadas no exterior.

10. Apelação e remessa oficial desprovidas."

(TRF/3ª Região, 3ª Turma, ApelRex nº 0024461-74.2005.4.03.6100, rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJe de 3.2.2012) grifei

Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, NEGÓ SEGUIMENTO à apelação e à remessa oficial.

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática, de modo que a mantenho por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0019088-62.2005.4.03.6100

(2005.61.00.019088-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: GE PLASTICS SOUTH AMERICA S/A

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: ApelReex 1235657

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS DE EMPREGADOR. CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DA LEI Nº 10.101/2000. ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. REDUÇÃO. FUNDAMENTO DA EQUIDADE. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. O instrumento de negociação fechado entre GE Plastics South America S/A e os funcionários satisfaz as exigências da Lei nº 10.101/2000: um grupo representativo participou dos trabalhos; as cláusulas usam uma fórmula transparente para a divisão dos resultados; o sindicato homologou o acordo posteriormente; e não consta previsão de desembolso com frequência inferior a seis meses.

II. A posterior ratificação sindical contornou a falha procedimental. Como disse o Juiz de Origem, trata-se de mera irregularidade formal, superada pela análise de cada capítulo e pela verificação de convergência às reivindicações da classe profissional representada.

III. A repartição dos lucros constitui um direito trabalhista cuja conformação foi entregue aos próprios titulares dos interesses envolvidos. Mediante o exercício da autonomia da vontade, as partes chegam a um consenso sobre a melhor forma de integração entre o capital e o emprego.

IV. A aliança eventualmente obtida produz reflexos na relação de custeio da Seguridade Social, por determinação constitucional e legal (artigo 7º, XI, da CF de 88 e artigo 28, § 9º, j, da Lei nº 8.212/1991). Nessas circunstâncias, não é possível invocar a inoponibilidade das convenções particulares à Fazenda Pública.

V. A previsão de fatia adicional aos trabalhadores mais produtivos não é irregular, nem simboliza uma estratégia para modificar a classificação contábil da verba. Se o objetivo da norma constitucional é estimular o rendimento do empregado e credenciá-lo ao recebimento de uma parte do resultado, a entrega de excedentes aos que se sobressaírem na produção não representa anormalidade.

VI. O pagamento de honorários de advogado equivalentes a R\$ 81.717,00 não reflete os critérios do artigo 20, § 3º e § 4º, do CPC. O processo não demandou maior complexidade - houve julgamento antecipado - e não teve duração incomum; o escritório profissional é próximo ao fórum; e o fundamento da equidade impõe moderação nas condenações proferidas contra a Fazenda Pública.

VII. O montante de R\$ 5.000,00 se revela adequado para remunerar o trabalho do advogado.

VIII. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação da União a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial e negar provimento à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de remessa oficial interposta em face de sentença que julgou procedente pedido de anulação das notificações fiscais de lançamento de débito nº 35.040.374-0 e 35.040.375-9, lavradas para garantir a incidência de contribuições previdenciárias sobre as participações nos lucros que GE Plastics South América Ltda. pagou a seus funcionários no período de janeiro de 1998 a outubro de 2000.

Houve condenação ao pagamento de despesas processuais e de honorários de advogado, arbitrados em 10% do valor da causa - R\$ 817.175,34.

Decidiu o Juiz de Origem que o Auditor-Fiscal do INSS está autorizado a fiscalizar o cumprimento da legislação tributária, a ausência de registro sindical do acordo de distribuição dos resultados representa mera irregularidade formal e a entrega de adicionais aos empregados que se destacarem na produção não degenera a natureza da verba.

Considerou que o instrumento de negociação celebrado satisfaz as exigências da Lei nº 10.101/2000 e das medidas provisórias precedentes.

A União, adicionalmente ao reexame obrigatório, interpôs apelação. Sustenta que a norma constitucional instituidora do direito do trabalhador possui eficácia limitada e não trouxe maiores consequências, enquanto a regulamentação providenciada pela Medida Provisória nº 794/1994 não entrou em vigor.

Argumenta que os lucros divididos anteriormente integravam as remunerações para efeito de incidência de contribuições previdenciárias.

Afirma que, de qualquer forma, o acordo firmado entre o empregador e o grupo representativo dos trabalhadores não vincula a Fazenda Pública, deixando ileso o exercício do poder tributário.

GE Plastics South America Ltda. respondeu ao recurso (fls. 862/876). Esclarece que a União traz fundamentos excedentes ao conteúdo da contestação, o instrumento de negociação cumpriu os requisitos da legislação específica - formação de comissão, cláusulas objetivas, homologação posterior pelo sindicato - e as participações foram pagas na vigência das medidas provisórias inspiradoras da Lei nº 10.101/2000.

Acrescenta que a isenção existe desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

O Auditor-Fiscal do INSS tinha competência administrativa para fiscalizar o enquadramento dado pelo empregador às verbas trabalhistas. A atividade condicionava diretamente a formação de receitas da Seguridade Social (artigo 8º, I, a, da Lei nº 10.593/2002), sem que extrapolasse ao exercício de jurisdição trabalhista.

O acordo de participação dos trabalhadores nos lucros de GE Plastics South America S/A foi elaborado sob a vigência das medidas provisórias que regulamentaram o direito trabalhista e desembocaram na Lei nº 10.101/2000. A constatação torna estéril a abordagem da eficácia limitada do artigo 7º, XI, da CF de 88 e da situação jurídica do montante pago anteriormente à regulamentação.

Para que as distribuições não integrassem a base de cálculo de contribuições previdenciárias, a Medida Provisória nº 1.276/1996 - em vigor no período da elaboração do ajuste - estabelecia as seguintes exigências, de natureza substancial e procedimental: comissão de empregados como órgão deliberativo; clareza e objetividade das cláusulas negociais; periodicidade do pagamento superior, no mínimo, a seis meses; e registro sindical.

O instrumento de negociação fechado entre GE Plastics South America S/A e os funcionários (fls. 158/161) satisfaz cada um dos requisitos: um grupo representativo participou dos trabalhos; as cláusulas usam uma fórmula transparente para a divisão dos resultados; o sindicato homologou o acordo posteriormente; e não consta previsão de desembolso com frequência inferior a seis meses.

A Administração Tributária desqualificou a convenção, sob o fundamento de que inexistiu o registro, ela não é oponível à Fazenda Pública e a cláusula décima primeira prevê condições subjetivas à entrega de adicionais, que representam, na verdade, um prêmio de produtividade, suscetível de tributação.

A posterior ratificação sindical contornou a falha procedimental (fls. 162). Como disse o Juiz de Origem, trata-se de mera irregularidade formal, superada pela análise de cada capítulo e pela verificação de convergência às reivindicações da classe profissional representada.

A repartição dos lucros constitui um direito trabalhista cuja conformação foi entregue aos próprios titulares dos interesses envolvidos. Mediante o exercício da autonomia da vontade, as partes chegam a um consenso sobre a melhor forma de integração entre o capital e o emprego.

A aliança eventualmente obtida produz reflexos na relação de custeio da Seguridade Social, por determinação constitucional e legal (artigo 7º, XI, da CF de 88 e artigo 28, § 9º, j, da Lei nº 8.212/1991). Nessas circunstâncias, não é possível invocar a inoponibilidade das convenções particulares à Fazenda Pública.

A previsão de fatia adicional aos trabalhadores mais produtivos não é irregular, nem simboliza uma estratégia para modificar a classificação contábil da verba. Se o objetivo da norma constitucional é estimular o rendimento do empregado e credenciá-lo ao recebimento de uma parte do resultado, a entrega de excedentes aos que se sobressaírem na produção não representa anormalidade.

Quanto maior a colaboração para a rentabilidade da empresa, maior a porção do ganho a ser distribuída. O ideal que inspirou a concepção do direito trabalhista não se distingue nas situações, o que justifica a aplicação do mesmo tratamento jurídico.

De qualquer forma, a Lei nº 10.101/2000, ao determinar a compensação dos planos vo-

luntários de participação com o instrumento de negociação, sacramentou a divisão extraordinária já adotada pela autora (artigo 3º, § 3º). Se a lei valida medidas unilaterais do empregador antes de qualquer consenso, por que motivo não faria o mesmo em relação a mecanismos transcendentais?

Portanto, a tentativa da Administração Tributária de desqualificar o acordo de distribuição dos lucros não procede. As verbas pagas a esse título não estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária (artigo 28, § 9º, *j*, da Lei nº 8.212/1991):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. CARACTERIZAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. SÚMULA 07/STJ. 1. A isenção fiscal sobre os valores creditados a título de participação nos lucros ou resultados pressupõe a observância da legislação específica a que refere a Lei nº 8.212/91. 2. Os requisitos legais inseridos em diplomas específicos (arts. 2º e 3º, da MP 794/94; art. 2º, §§ 1º e 2º, da MP 860/95; art. 2º, § 1º e 2º, MP 1.539-34/ 1997; art. 2º, MP 1.698-46/1998; art. 2º, da Lei nº 10.101/2000), no afã de tutelar os trabalhadores, não podem ser suscitados pelo INSS por notória carência de interesse recursal, máxime quando deduzidos para o fim de fazer incidir contribuição sobre participação nos lucros, mercê tratar-se de benefício constitucional inafastável (CF, art. 7º, IX). 3. A evolução legislativa da participação nos lucros ou resultados destaca-se pela necessidade de observação da livre negociação entre os empregados e a empresa para a fixação dos termos da participação nos resultados. 4. A intervenção do sindicato na negociação tem por finalidade tutelar os interesses dos empregados, tais como definição do modo de participação nos resultados; fixação de resultados atingíveis e que não causem riscos à saúde ou à segurança para serem alcançados; determinação de índices gerais e individuais de participação, entre outros. 5. O registro do acordo no sindicato é modo de comprovação dos termos da participação, possibilitando a exigência do cumprimento na participação dos lucros na forma acordada. 6. A ausência de homologação de acordo no sindicato, por si só, não descaracteriza a participação nos lucros da empresa a ensejar a incidência da contribuição previdenciária. 7. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ. 8. *In casu*, o Tribunal local afastou a incidência da contribuição previdenciária sobre verba percebida a título de participação nos lucros da empresa, em virtude da existência de provas acerca da existência e manutenção de programa espontâneo de efetiva participação nos lucros da empresa por parte dos empregados no período pleiteado, vale dizer, à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado, *verbis*: “Embora com alterações ao longo do período, as linhas gerais da participação nos resultados, estabelecidas na legislação, podem ser assim resumidas: a) deve funcionar como instrumento de integração entre capital e trabalho, mediante negociação; b) deve servir de incentivo à produtividade e estar vinculado à existência de resultados positivos; c) necessidade de fixação de regras claras e objetivas; d) existência de mecanismos de aferição dos resultados. Analisando o Plano de Participação nos Resultados (PPR) da autora, encontram-se as seguintes características: a) tem por objetivo o atingimento de metas de resultados econômicos e de produtividade; b) há estabelecimento de índices de desempenho econômico para a unidade e para as equipes de empregados que a integram; c) fixação dos critérios e condições do plano mediante negociação entre a empresa e os empregados, conforme declarações assinadas por 38 (trinta e oito) funcionários (fls. 352/389); d) existência de regras objetivas de participação e divulgação destas e do desempenho alcançado. Comparando-se o PPR da autora com as linhas gerais antes definidas, bem como com os demais requisitos legais, verifica-se que são convergentes, a ponto de caracterizar os valores discutidos como participação nos resultados. Desse modo, estão isentos da contribuição patronal sobre a folha de salários, de acordo com

o disposto no art. 28, § 9º, alínea 'j', da Lei nº 8.212/91". (fls. 596/597) 9. Precedentes: AgRg no REsp 1180167/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 07/06/2010; AgRg no REsp 675114/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 21/10/2008; AgRg no Ag 733.398/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 25/04/2007; REsp 675.433/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 26/10/2006; 10. Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp 865489, Relator Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 24/11/2010).

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VERBAS PAGAS E A PAGAR A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS E RESPECTIVOS DEPÓSITOS A TÍTULO DE FGTS. NÃO ASSUME NATUREZA REMUNERATÓRIA. 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 - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já expendido nos autos. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante. III - A análise da documentação juntada aos autos revela que a autoridade impetrada, apesar de reconhecer que "os valores pagos a título de participação de lucros para os diretores não empregados não constitui base de cálculo para a Previdência Social, uma vez que estão sendo pagos de acordo com a legislação", considerou que "os fatos geradores das contribuições previdenciárias ocorreram com os depósitos do FGTS pela empresa em favor dos diretores". Ou seja, a autoridade reconhece que a participação nos lucros paga pela impetrante obedece a legislação de regência, o que afasta a incidência de contribuição previdenciária, mas entende que esta é devida, tendo em vista que a participação nos lucros serviu de base de cálculo para o recolhimento de FGTS. IV - O fato da impetrante utilizar o valor pago a título de participação nos lucros para fins de recolhimento de FGTS não é suficiente a configurar a relação jurídico-tributária que imponha à impetrante o recolhimento da contribuição previdenciária sobre dita paga. V - Nos termos do artigo 28, § 9º, j, da Lei 8.212/91, a participação nos lucros e resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica, não se insere no salário de contribuição. VI - Considerando que a própria autoridade administrativa consignou que "os valores pagos a título de participação de lucros para os diretores não empregados não constitui base de cálculo para a Previdência Social, uma vez que estão sendo pagos de acordo com a legislação", de rigor a concessão da segurança, eis que não configurada a relação jurídico-tributária necessária para o surgimento da obrigação de recolher o tributo em discussão. Por outro lado, não há como prosperar as alegações recursais, no sentido de que a participação nos lucros assume natureza salarial. Nos termos da legislação de regência, a participação nos lucros, via de regra, não tem natureza salarial, conforme o artigo 28, § 9º, j, da Lei 8.212/91. VII - A referida participação também é prevista no artigo 7º, XI, da Constituição Federal, o qual, expressamente, desvincula tal paga da remuneração: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;". VIII - A participação, ao reverso do quanto afirmado pela Fazenda, não tem natureza remuneratória, não servindo, por conseguinte, de base de cálculo para a contribuição previdenciária. IX - Quando a legislação aplicável à participação não é observada, admite-se a desnaturação do instituto, reconhecendo-se a natureza salarial do respectivo pagamento. Essa, entretanto, não é a hipótese dos autos, valendo frisar que a autoridade impetrada não apontou qualquer violação à legislação de regência que pudesse descaracterizar a participação nos lucros. Pelo contrário. A autoridade consignou que o pagamento de tal parcela observou os ditames legais. X - Agravo improvido. (TRF3, AMS 293003, Relatora Cecília Mello, Segunda Turma, DJ 07/02/2013).

Os honorários de advogado, porém, devem passar por um ajustamento.

O pagamento de valor equivalente a R\$ 81.717,00 - 10% de R\$ 817.175,34 - não reflete os critérios do artigo 20, § 3º e § 4º, do CPC. O processo não demandou maior complexidade - houve julgamento antecipado - e não teve duração incomum; o escritório profissional é próximo ao fórum; e o fundamento da equidade impõe moderação nas condenações proferidas contra a Fazenda Pública.

O montante de R\$ 5.000,00 se revela adequado para remunerar o trabalho do advogado.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial, para reduzir a verba honorária a R\$ 5.000,00. Nego provimento à apelação da União.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**0023100-12.2011.4.03.6100****(2011.61.00.023100-8)**

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: JOSE MAYOR JUNIOR

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: AMS 339613

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/08/2014

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, PARÁGRAFO PRIMEIRO, CPC. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA AUTORIDADE IMPETRADA. IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE VALORES RECEBIDOS EM RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO.

I. Nos termos do Artigo 557, *caput*, do CPC, está o relator autorizado a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Não há necessidade de jurisprudência dos Tribunais ser unânime.

II. Inexistente pedido expresso da União para o julgamento, não se conhece do agravo retido, na forma do artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

III. A autoridade impetrada, apesar de alegar sua ilegitimidade passiva, prestou informações e adentrou o mérito, daí ser parte legítima para a causa. Não há óbice para o reconhecimento da legitimidade passiva “*ad causam*” do Delegado da Receita Federal do lugar em que, de modo centralizado, ocorreu o recolhimento do tributo, pois o contribuinte não pode ser penalizado em decorrência de divisões internas de atribuições nos órgãos públicos.

IV. O entendimento atual do STJ, firmado em recurso especial representativo de controvérsia (artigo 543-C), é no sentido de que a verba recebida a título de “indenização”, quando for paga em contexto de Plano de Demissão Voluntária - PDV, por tratar-se de uma fonte normativa prévia (acordo ou convenção coletiva de trabalho), não está sujeita à incidência do imposto de renda, conforme Súmula nº 215/STJ.

V. *In casu*, considerando a natureza da verba rescisória, à luz da prova produzida nos autos e da jurisprudência consolidada, devem ser excluídos da incidência do imposto de renda os valores recebidos a título de gratificação III.

VI. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimen-

to ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de julho de 2014.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se de agravo nos termos do Artigo 557, § 1º, do CPC, interposto pela União contra decisão monocrática que negou seguimento ao seu agravo retido, a sua apelação e à remessa oficial, nos termos do Artigo 557, *caput*, CPC.

A decisão foi proferida em sede de mandado de segurança preventivo ajuizado em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO. Pleiteou o impetrante excluir da incidência do imposto de renda os valores, percebidos em rescisão de contrato de trabalho, a título de gratificação III, no montante de R\$ 144.055,00, decorrente de acordo coletivo de trabalho com a ex-empregadora.

A agravante apresenta pedido de reconsideração ou o respectivo recebimento como agravo, submetendo-se a matéria à apreciação da Turma.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Nos termos do Artigo 557, *caput*, do CPC, está o relator autorizado a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

A sistemática adotada pela Lei nº 9.756/98, a qual alterou o Artigo 557 do Código de Processo Civil, visa a dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de índole procrastinatória, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e à jurisprudência. *Outrossim*, tal medida se prontifica a dar cumprimento ao Artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, voltado à celeridade na prestação jurisdicional, mormente quando a controvérsia posta restou assentada por orientação das Cortes Superiores.

Ademais, não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime.

Também não se verifica afronta ao princípio da reserva de plenário prevista no Artigo 97 da Constituição Federal, pois não houve declaração de inconstitucionalidade de dispositivo, mas sim interpretação sistemática dos dispositivos legais que integram o ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, impende salientar não estar o Juiz adstrito a examinar todas as teses formuladas pelas partes quando já possui fundamentos suficientes para embasar sua decisão.

A decisão ora agravada abordou de forma clara e concisa a matéria objeto da demanda, daí porque passo a repisar a fundamentação já explanada.

Agravo retido:

Não havendo pedido expresso da União para o seu julgamento, não se conhece do agravo retido, na forma do artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

Ilegitimidade passiva da autoridade impetrada:

A União sustenta que o Delegado da Receita Federal em São Paulo/SP, não seria a autoridade impetrada, e sim o Delegado da Receita Federal em Ribeirão Preto/SP, que jurisdiciona o estabelecimento matriz da ex-empregadora.

Para a solução da controvérsia, tornam-se necessárias algumas considerações preliminares acerca da legislação do Imposto de Renda.

É certo que a lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam (parágrafo único do art. 45 do CTN).

Daí o art. 103 do Decreto-Lei 5.844, de 1943, dispor que, se a fonte não tiver efetuado a retenção do imposto, responderá pelo recolhimento deste, como se houvesse retido.

Quanto ao local de recolhimento do imposto de renda retido na fonte, o anterior Regulamento do mencionado imposto, aprovado pelo Decreto 1.041, de 1994, no parágrafo único de seu art. 918, facultava o seguinte:

“A pessoa jurídica com mais de um estabelecimento, quando autorizada pela Secretaria da Receita Federal, poderá efetuar o recolhimento do imposto retido, de forma centralizada, pelo estabelecimento que registrar os fatos geradores do imposto...”

Atualmente, não mais faculta, e sim determina o art. 15, inciso I, da Lei 9.779, de 1999, dispositivo legal que, aliás, resultou da conversão da Medida Provisória nº 1.788/98, e foi também reproduzido pelo art. 867 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000, de 1999:

“Serão efetuados, de forma centralizada, pelo estabelecimento matriz da pessoa jurídica: I - o recolhimento do Imposto de Renda retido na fonte sobre quaisquer rendimentos;”

Quanto ao ramo da atividade das fontes pagadoras, o Decreto 2.078, de 22/11/96, no *caput* de seu art. 1º, já determinava:

“Os bancos comerciais (...) e as demais instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional ficam obrigados a declarar e a recolher de forma centralizada no estabelecimento-sede da empresa todos os tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal a que estiverem legalmente sujeitos.”

Independentemente do local de recolhimento do tributo, a autoridade fiscal competente para aplicar a legislação de regência do imposto é a do domicílio fiscal do contribuinte, consoante prevê o art. 175 do Decreto-Lei 5.844, de 1943.

Com efeito, o art. 70 do citado decreto-lei determina que a declaração de rendimentos deverá ser apresentada à repartição competente situada no lugar do domicílio fiscal do contribuinte. Ainda nos termos do art. 82 do mesmo diploma legal, o contribuinte será notificado do lançamento no distrito onde estiver o seu domicílio fiscal.

Em relação ao domicílio fiscal das pessoas físicas, assim dispõe o art. 171, § 1º, do Decreto-Lei 5.844, de 1943:

“Art. 171. O domicílio fiscal da pessoa física é o lugar em que ela tiver uma habitação, em condições que permitam presumir a intenção de a manter.

§ 1º. No caso de exercício de profissão ou função particular ou pública, o domicílio fiscal é o lugar onde a profissão ou função estiver sendo desempenhada.”

Por sua vez, o domicílio fiscal das pessoas jurídicas encontra-se disciplinado no art. 34 da Lei 4.154, de 1962, do seguinte teor:

“Art. 34. O domicílio fiscal das firmas ou sociedades com sede no país, e das filiais, sucursais, agências ou representações das que tiverem sede no estrangeiro, é o lugar onde se achar o estabelecimento industrial ou comercial de sua fonte de produção ou a sede da empresa dentro do país.

Parágrafo único. Quando se verificar a pluralidade dos estabelecimentos industriais ou comerciais, em unidades federativas diferentes, o domicílio fiscal será o da unidade onde se achar o estabelecimento centralizador das operações da empresa”.

Sobre o domicílio do contribuinte ou responsável, o CTN, posteriormente, trouxe as seguintes normas gerais:

“Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal: I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade; II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento; III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante. § 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação. § 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.”

O domicílio fiscal da pessoa jurídica, em relação às obrigações em que incorra como fonte pagadora, é o lugar do estabelecimento que pagar, creditar, entregar, remeter ou empregar rendimento sujeito ao imposto no regime de tributação na fonte, conforme dispunha o art. 174 do anterior Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 1.041, de 1994, e dispõe, ainda hoje, o art. 212 do RIR aprovado pelo Decreto 3.000, de 1999.

Apesar das supracitadas normas delimitadoras da jurisdição fiscal, não são irregulares os atos praticados por autoridade fiscal de jurisdição diversa da do domicílio do contribuinte, como bem expressam os §§ 2º e 3º do art. 9º do Decreto 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei 8.748, de 1993:

“§ 2º. Os procedimentos de que tratam este artigo [exigência de crédito tributário por meio da lavratura de auto de infração ou notificação de lançamento] e o art. 7º [atos que compõem o procedimento de ofício], serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 3º. A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer”.

A partir da interpretação sistematizada das normas jurídicas acima, conclui-se que a Secretaria da Receita Federal encontra-se dividida em regiões administrativas para facilitar o atendimento ao contribuinte, tanto que o Ministro de Estado da Fazenda editou a Portaria nº 587/2010. Diante desse contexto normativo, a autoridade impetrada, apesar de alegar sua ilegitimidade passiva, prestou informações. E se prestou informações, entrou no mérito, daí por que ser parte legítima para a causa.

Como visto, o fato de ter sido indicado como autoridade impetrada o Delegado da Receita Federal do lugar em que, de modo centralizado, ocorreu o recolhimento do tributo, não impede o reconhecimento da legitimidade “ad causam” dessa autoridade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, pois o contribuinte não pode ser penalizado em decorrência de divisões internas de atribuições nos órgãos públicos.

A jurisprudência do STJ corrobora esse entendimento no REsp nº 636203/SP, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, julgado 22/04/2008, DJE de 07/05/2008.

Portanto, entendendo legitimada a autoridade que constou no polo passivo desta impetração.

Incidência do IRPF sobre verba rescisória recebida:

Defende o contribuinte a natureza indenizatória da verba recebida a título de “gratificação III” decorrente de acordo coletivo de maneira a afastar a incidência do tributo, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Para a solução da controvérsia, é preciso definir se estamos diante de parcela de natureza salarial ou não.

A propósito da exigibilidade do imposto de renda sobre verbas vinculadas a contrato de trabalho, consolidou o Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência, pelo regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO PAGA POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA. INDENIZAÇÃO PAGA NO CONTEXTO DE PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA - PDV. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 215/STJ. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1. Nas rescisões de contratos de trabalho são dadas diversas denominações às mais variadas verbas. Nessas situações, é imperioso verificar qual a natureza jurídica de determinada verba a fim de, aplicando a jurisprudência desta Corte, classificá-la como sujeita ao imposto de renda ou não. 2. As verbas pagas por liberalidade na rescisão do contrato de trabalho são aquelas que, nos casos em que ocorre a demissão com ou sem justa causa, são pagas sem decorrerem de imposição de nenhuma fonte normativa prévia ao ato de dispensa (incluindo-se aí Programas de Demissão Voluntária - PDV e Acordos Coletivos), dependendo apenas da vontade do empregador e excedendo as indenizações legalmente instituídas. Sobre tais verbas a jurisprudência é pacífica no sentido da incidência do imposto de renda já que não possuem natureza indenizatória. Precedentes: EAg - Embargos de Divergência em Agravo 586.583/RJ, Rel. Ministro José Delgado, DJ 12.06.2006; EREsp 769.118 / SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ de 15.10.2007, p. 221; REsp nº 706.817/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28/11/2005; EAg 586.583/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, v.u., julgado em 24.5.2006, DJ 12.6.2006 p. 421; EREsp 775.701/SP, Relator Ministro Castro Meira, Relator p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento 26/4/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 1.8.2006 p. 364; EREsp 515.148/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento 8/2/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 20.2.2006 p. 190 RET vol. 48 p. 28; AgRg nos EREsp. Nº 860.888 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 26.11.2008, entre outros. 3. ‘Os Programas de Demissão Voluntária - PDV consubstanciam uma oferta pública para a realização de um negócio jurídico, qual seja a rescisão ou distrato do contrato de trabalho no caso das relações regidas pela CLT, ou a exoneração, no caso dos servidores estatutários. O núcleo das condutas jurídicas relevantes aponta para a existência de um acordo de vontades para por fim à relação empregatícia, razão pela qual inexistente margem para o exercício de liberalidades por parte do empregador. [...] Inexistente liberalidade em acordo de vontades no qual uma das partes renuncia ao cargo e a outra a indeniza [...]’ (REsp Nº 940.759 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.3.2009). ‘A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda’. Enunciado nº 215 da Súmula do STJ. 4. Situação em que a verba denominada ‘gratificação não eventual’ foi paga por liberalidade do empregador e a chamada ‘compensação espontânea’ foi paga em contexto de pdv. 5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.” (REsp nº 1112745, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE de 01/10/2009). O entendimento atual do STJ, firmado em recurso especial representativo de controvérsia (artigo 543-C), é no sentido de que a verba recebida a título de “indenização”, quando for paga em contexto de Plano de Demissão Voluntária - PDV, por tratar-se de uma fonte normativa prévia (acordo ou convenção coletiva de trabalho), não está sujeita à incidência do imposto de renda, conforme Súmula nº 215/STJ:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. VERBA DENOMINADA DE ‘LIBERALIDADE COMPLEMENTAR’. PDV. FONTE NORMATIVA PRÉVIA. PREMISSA CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O mérito do Recurso Especial diz respeito à incidência de imposto de renda sobre verba denominada de ‘liberalidade complementar’, paga no contexto de rescisão do contrato de trabalho motivado por adesão a Plano de Demissão Voluntária - PDV, premissa fática consignada no acórdão recorrido. 2. A

Primeira Seção do STJ, em recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC, confirmou a orientação da Súmula 215/STJ e assentou que, independentemente da nomenclatura dada às parcelas pagas pelo empregador na rescisão do contrato trabalhista, não incide imposto de renda sobre os valores auferidos por adesão a Plano de Demissão Voluntária (REsp 1.112.745/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.10.2009). 3. Se a parcela controvertida tem previsão em fonte normativa prévia, gênero que inclui Planos de Demissão Voluntária e Acordos Coletivos, ela não representa verdadeira liberalidade e, como consequência, não se sujeita ao imposto de renda. 4. Recurso Especial provido.” (RESP 1330329, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 05/11/2012).

No caso, considerando a natureza da verba rescisória, à luz da prova produzida nos autos e da jurisprudência consolidada, devem ser excluídos da incidência do imposto de renda os valores recebidos a título de gratificação III.

Não se trata de reconhecer hipótese de isenção, exclusão, extinção, anistia ou remissão de crédito tributário, que somente podem ser concedidos mediante lei (CF, art. 150, § 6º c/c CTN, art. 97), e sim de interpretação relativa à base de cálculo do imposto de renda a partir da natureza do valor recebido.

Saliente-se, por fim, que a interpretação ora expendida está em conformidade com o artigo 111 do CTN, inclusive porque a Lei nº 7.713/88 não outorga isenção, nem contraria o artigo 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10/STF, pois não se está afastando a sua incidência, mas tão somente estabelecendo a sua correta exegese.

Inalterada a situação fática na espécie, mantenho o entendimento exarado.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

Sentenças



EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0045867-65.2006.4.03.6182

Embargante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Embargada: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

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

Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2014

Trata-se de embargos à execução fiscal ofertados pela Caixa Econômica Federal, nos autos em epígrafe, no bojo dos quais se alega:

- a) Prescrição;
- b) Irregularidades nos autos de infração que lançaram o ISSQN, a saber:
 - b.1) Auto nº 6417769-6: Não constam as subcontas que permitiriam identificar a base de cálculo;
 - b.2) Auto nº 6417771-8: Idem;
 - b.3) Auto nº 6417770-0: Idem;
 - b.4) Auto nº 64177823: Os serviços tributados não estão previstos na lista anexa ao DL nº 406/68, alterada pela LC nº 56/87. As operações bancárias principais (crédito) estão sujeitas ao IOF, devido pelos clientes (devedores dos contratos). Somente as atividades complementares (serviços bancários) dão origem ao ISS. O ISS não incide sobre as taxas de administração e abertura de operações de crédito, nem sobre as taxas de administração de crédito. Quanto às subcontas “tarifa sobre aluguel de cofres”, “saque em banco 24h” e “pesquisa cadastral”, foram oferecidas integralmente à tributação, não procedendo a diferença cobrada;
 - b.5) Auto nº 6417807-2: Os serviços não estão elencados na lista do DL nº 406/68. Não incide o ISS sobre as subcontas “receita de participação REDESHOP”. A subconta “FAT – Pagamento de abono salarial” foi oferecida à tributação;
 - b.6) Auto nº 64177904: Os serviços de cópia ou reprodução não estão previstos na lista taxativa do DL nº 406/68. As cópias e autenticações da CEF são cobradas quando da recuperação ou renegociação de créditos. O fornecimento de segunda via é classificado em outra subconta e oferecido à tributação.

A Municipalidade impugnou os embargos, nos seguintes termos:

- a) O crédito tributário só foi constituído após a última decisão administrativa, o que afasta a prescrição. A decadência foi obstada pela autuação procedida antes do quinquídio legal.
- b) Os serviços tributáveis foram regularmente elencados pelos autos de infração, tendo a embargante exercido sua ampla defesa administrativa;
- c) As CDAs contêm todos os elementos necessários à sua validade;
- d) O ISS incide sobre as atividades bancárias autuadas, nos termos da Lei Municipal nº 10.423/1987, itens 75 e 95, definidos da mesma forma como se encontram na lista anexa (item 96) da lei complementar federal. As entidades bancárias ampliaram sua gama de serviços ofertados, cuja tarifa é considerada para a incidência do ISS;
- e) O que importa é a real natureza dos serviços prestados e seu enquadramento na lista legal e não a nomenclatura empregada pela embargante;

f) A lista de serviços é taxativa, mas cabe interpretação extensiva em relação a cada item da mesma lista;

g) Os serviços tributados são autônomos e não sujeitos ao IOF.

Após réplica (fls. 91), determinei a realização de prova pericial limitada aos aspectos fáticos alegados, conforme fls. 94 e 101/2.

Vieram aos autos os documentos solicitados pelo perito a fls. 194 e ss.

O laudo do expert foi juntado a fls. 617 e ss. Manifestação da embargante a fls. 694, concordando com seus termos. Manifestação da embargada, por via de seu assistente técnico, a fls. 703.

Intimadas as partes do laudo acrescido, somente o Município manifestou-se, insistindo na improcedência.

Integram estes autos 03 anexos, com os autos de infração e respectivos procedimentos administrativos.

É o relatório. DECIDO.

PREScrição E DECADÊNCIA

Prescrição é um fenômeno que pressupõe a inércia do titular, ante a violação de um direito e ao decurso de um período de tempo fixado em lei. Seu efeito próprio é a fulminação da pretensão. Não é o próprio direito subjetivo material que perece, mas a prerrogativa de postular sua proteção em Juízo. Por tal razão, o início do curso do prazo fatal coincide com o momento em que a ação poderia ter sido proposta. O fluxo se sujeita à interrupção, à suspensão e ao impedimento.

Já a *decadência* é o prazo para exercício de um direito (potestativo) que, em si, gera instabilidade jurídica, de modo que a lei o institui para eliminar tal incerteza, caso o titular não o faça antes, pelo puro e simples esgotamento da faculdade de agir.

É renunciável o direito de invocar a prescrição, mas não antes de consumada (CC, 161), podendo tal renúncia ser expressa - não há forma especial - ou tácita - quer dizer, por ato de ostensivo reconhecimento do direito ao qual se refere à pretensão prescrita. Pode ser alegada a qualquer tempo e instância (CC, 162) e atualmente reconhecida de ofício (219, par. 5º, CPC, que revogou o art. 166/CC).

Contra a Fazenda Pública, é de cinco anos (D. 20.910/31, art. 1º). Não corre enquanto pender apuração administrativa da dívida (art. 2º). Quando se tratar de prestações periódicas, extinguem-se progressivamente. Somente se interrompe uma vez, recomeçando pela metade, consumando-se no curso da lide a partir do último ato ou termo (art. 3o. do D. 4.597/42).

Conforme o ensinamento de AGNELO AMORIM FILHO (RT nº 300/7), a prescrição está ligada às ações que tutelam direitos de crédito e reais (direitos que têm como contrapartida uma prestação). Tais são as ações condenatórias (e as execuções que lhes corresponderem). Às mesmas é que se referia o art. 177 do Código Civil de 1916 e ora são cuidadas pelos arts. 205/6 do CC/2002.

Diversamente, na decadência é o próprio direito que se extingue. Verifica-se, ao menos no campo do Direito Privado, que assim sucede em casos nos quais direito e ação nascem simultaneamente. Não pressupõe violação do direito material, pois o início do prazo está vinculado ao seu exercício normal. E uma vez que principie, flui inexoravelmente.

Os direitos que decaem pertencem ao gênero dos potestativos. Caracterizam-se pelo poder de modificar a esfera jurídica de outrem, sem o seu consentimento. Contrapõem-se a um estado de sujeição. Têm correspondentes nas ações constitutivas, positivas e negativas que, justamente, têm como objetivo a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas. E estas só fenecem, juntamente com o direito subjetivo material, quando houver prazo especial previsto em lei.

Por corolário, são perpétuas as ações constitutivas que não tenham prazo previsto e as ações declaratórias.

No campo do Direito Tributário, a matéria sofreu o influxo da principiologia publicística, sem se afastar dos conceitos acima delineados. O CTN, art. 156, V, alinha a prescrição e a decadência como *formas de extinção do crédito tributário*.

A primeira vem tratada pelo art. 174, atingindo a ação de cobrança, definindo-se a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário (isto é, da comunicação do lançamento ao sujeito passivo). Interrompe-se pela citação pessoal do devedor (ou pelo despacho que a ordenar: art. 80., par. 2o., da Lei nº 6.830/80), pelo protesto ou ato judicial que o constitua em mora e por ato inequívoco de reconhecimento do débito. Suspende-se por cento e oitenta dias, operada a inscrição, ou até o ajuizamento da execução fiscal (art. 1º, par. 3º, da Lei nº 6.830/80).

A decadência foi objeto do art. 173, que se refere a um direito potestativo - o de constituir o crédito tributário e também é quinquenal, contando-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, da decisão que houver anulado o lançamento anteriormente efetivado ou da notificação, ao contribuinte, de medida preparatória à formalização do crédito tributário.

Em termos simples, nos cinco anos contados do exercício seguinte àquele do fato gerador, o Fisco pode lançar o tributo. Só então é que se torna certa a obrigação, o montante e o sujeito passivo (art. 142, CTN) e, portanto, que se pode cuidar da cobrança. Como lembra PAULO DE BARROS CARVALHO, "... a solução harmonizadora está em deslocar o termo inicial do prazo de prescrição para o derradeiro momento do período de exigibilidade administrativa, quando o Poder Público adquire condições de diligenciar acerca do seu direito de ação. Ajusta-se assim a regra jurídica à lógica do sistema." ("Curso de Direito Tributário", São Paulo, Saraiva, 1991).

É verdade, com respeito aos tributos cujo sujeito passivo deva adiantar o pagamento, que o prazo decadencial ocorreria em cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN). Mas isso só se admite caso as declarações do contribuinte venham acompanhadas do pagamento. Nesse caso, cinco anos após o fato gerador sobrevém a assim chamada *homologação tácita* e é nesse sentido que o direito de lançar decai. Não havendo recolhimento antecipado à atividade administrativa, o termo inicial da contagem da decadência não será o do art. 150, par. 4º, CTN e sim o do art. 173.

Somente após a homologação, expressa ou tácita, no primeiro caso comunicado ao contribuinte, é que se pode contar o quinquênio da prescrição. Os dois prazos (de decadência e de prescrição) não correm juntos, porque a pretensão de cobrança só surge depois de consumado o exercício daquele direito, de uma das formas descritas.

Ainda, quanto à interrupção da prescrição, merecem menção os seguintes dispositivos:

Art. 219, §§ 1º à 4º, do CPC, em sua redação originária:

A prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação.

Incumbe à parte, nos 10 (dez) dias seguintes à prolação do despacho, promover a citação do réu.

Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias, contanto que a parte o requeira nos 5 (cinco) dias seguintes ao término do prazo do parágrafo anterior. Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

Os três primeiros parágrafos, na redação atribuída pela Lei nº 8.952, de 1994:

A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa dias.

O art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830, de 1980:

O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

O art. 174, par. único, do CTN, na redação que lhe foi dada pela LC nº 118/2005:

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

Das regras citadas, o art. 8º, par. 2º, da Lei nº 6.830 deve ser entendida em interpretação sistemática com o Diploma Processual Civil, cuja vigente redação não fez senão consagrar o entendimento que a Jurisprudência sempre atribuiu à originária. Em outras palavras, na execução da dívida ativa da Fazenda, esta deve promover a citação, para que a mesma retroaja à data do ajuizamento (é o que diz, no fundo, a própria Lei nº 6.830, presumindo que o despacho de citação ocorra nessa data; o que nem sempre ocorre, nos locais onde haja distribuição de feitos a mais de um Juízo, mas deveria ocorrer, a bem da celeridade processual). Promover significa fornecer os meios que cabem à parte, quer dizer, as despesas quando devidas e o endereço aonde se postará a carta mencionada pelo art. 8º, I, da LEF.

Se o aviso de recepção não retornar no prazo de quinze dias (art. 8º, III, da LEF), far-se-á a citação por oficial de justiça, ou por edital. Entendo, em face disso, que o exequente beneficiado pelo rito especial da Lei nº 6.830 está vinculado ao seguinte regime:

- dispõe dos dez dias subsequentes ao despacho de citação para fornecer os meios de citação pela via postal (se já não o fez);

- se, em quinze dias, não retornar o AR, o juiz prorrogará (ou, no silêncio da autoridade, prorrogar-se-á automaticamente pelo máximo, já que a disposição é imperativa e não lhe deixa discricção) o prazo até noventa dias, para que o interessado promova a citação por oficial de justiça ou por edital;

- se, nessa dilação, forem fornecidos os meios - isto é, o correto endereço no primeiro caso e as providências de publicação no segundo - o exequente não será prejudicado por eventual demora, que se presumirá imputável à máquina judiciária (já que mais nada se lhe pode exigir, razoavelmente).

Preenchidas essas condições, o exequente gozará da interrupção retroativa à data em que entregou a inicial ao protocolo judiciário, mesmo que a citação tenha sido ordenada por juiz incompetente (*caput* do art. 219, CPC).

Quanto às citações (ou melhor, quanto aos despachos que ordenam tais citações) ocorrido(a)s APÓS a vigência da LC nº 118/2005, forçosa sua aplicação literal - a interrupção da prescrição se dará com o simples despacho citatório (na linha do precedente estabelecido pela

E. 1ª Seção do STJ, ao apreciar o REsp 999.901/RS - Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 10.6.2009). No regime anterior à vigência da LC nº 118/2005, o despacho de citação do executado não interrompia a prescrição do crédito tributário, uma vez que somente a citação pessoal válida era capaz de produzir tal efeito. Com a alteração do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, pela LC nº 118/2005, o qual passou a considerar o despacho do juiz que ordena a citação como causa interruptiva da prescrição, somente deve ser aplicada nos casos em que esse despacho tenha ocorrido posteriormente à entrada em vigor da referida lei complementar.

Outro fator interruptivo da prescrição é a confissão irretratável do débito que costuma acompanhar os pedidos de parcelamento fiscais, lavradas por termo próprio e consoante o art. 174, par. único, inciso IV, do CTN, *verbis*:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

(...)

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

A prescrição posterior ao ajuizamento foi objeto de reforma da lei reguladora do procedimento especial de execuções fiscais, agregando-lhe o conceito – conhecido anteriormente pela doutrina – de prescrição intercorrente.

Implicitamente, tal instituto já existia. O Código Civil reza que a prescrição é interrompida pela citação e por cada ato processual que se siga (art. 202, par. único, CC/2002). A contrario sensu, se o processo paralisar-se (não forem praticados atos processuais) por contumácia do autor, e tal imobilismo perdurasse pelo prazo legal, falar-se-á em prescrição intercorrente (é dizer, no curso do processo). Tal fenômeno seria concebível em feito de qualquer natureza, em linha de princípio.

O que impedia a prescrição intercorrente dos débitos fiscais era a redação original do art. 40 da Lei nº 6.830/1980. O caso típico de paralisação desse feito era o de não localização do devedor ou de bens penhoráveis. Voltando negativo o aviso de citação ou o mandado de penhora, avaliação e intimação, determinava a lei que a execução ficaria suspensa – e até este ponto coincidia com o CPC, art. 791, III – e que, ademais, não correria o prazo de prescrição (efeito esse sem parêmia no direito comum). Na verdade, ficava anormalmente obstado para sempre, *sub specie aeternitatis*, porque dificilmente se localizava patrimônio contristável! Não é de estranhar que essa peculiaridade fosse muito criticada, pois na prática deu origem à uma pretensão patrimonial imprescritível, o que é excepcional no Direito pátrio.

Note-se que apenas nesta hipótese suspender-se-ia a prescrição. No mais, aplicar-se-iam as mesmas diretrizes do direito comum, isto é, a possibilidade de o prazo correr após o ingresso em juízo, desde que houvesse solução de continuidade por culpa exclusiva do exequente. É importante frisar que a demora devida à imperfeição dos mecanismos judiciais não pode significar prejuízo para a pretensão. Por isso, entende-se que o caso típico seja o de não indicação de bens à penhora, encargo que cumpre, na tradição de nosso direito, à parte exequente. Além deste, inclua-se qualquer outro em que o imobilismo deva-se à culpa inequívoca e unicamente imputável ao credor.

A legislação alteradora da Lei nº 6.830 aduziu uma novidade. Na hipótese do art. 40-LEF fica suspenso o processo, enquanto não forem denunciados bens penhoráveis - podendo até ser arquivado sem baixa - mas corre o prazo prescricional. E seu decurso poderá ser pronunciado

de ofício pelo Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública. É o teor do par. 4o., acrescentado pela Lei nº 11.051/2004:

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

O prazo é o mesmo aplicável à pretensão de cobrança do crédito tributário anteriormente ao ajuizamento. Não se aplica, por força do princípio da especialidade, a regra civil de que se interrompa a prescrição apenas uma vez (art. 202, *caput*, CC/2002).

Em todo caso, é importante reiterar que não há falar em prescrição intercorrente se a parte autora não lhe deu causa, por omitir ato que lhe incumba. Sem culpa sua não se discute prescrição.

Há de se levar em conta, outrossim, os termos da Súmula Vinculante nº 08, do E. Supremo Tribunal Federal:

SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Postas essas premissas, passo ao exame do caso concreto.

A presente execução versa sobre IMPOSTO (ISSQN) lançado de ofício (autuação), remontando o fato gerador mais antigo a 1998. O lançamento ocorreu dentro do quinquênio contado a partir do 1º dia do exercício seguinte, conforme a certidão de dívida ativa: 17.12.2003. O ajuizamento, despacho inicial e citação deram-se dentro do quinquênio subsequente ao lançamento (2006). Portanto, não há que falar em decadência, nem em prescrição.

DO MÉRITO – DO ISSQN SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS

O Imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN –, imposto de competência municipal, incide, nos termos do art. 156 da Constituição Federal, sobre os serviços não compreendidos em seu art. 155, II – isto é, “prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação” - definidos em lei complementar. Vale dizer, o campo do ISSQN é definido positivamente em relação aos serviços em geral, tributados nos termos da referida lei complementar; e negativamente, quanto à impossibilidade de incidir sobre certos serviços sujeitos ao ICMS, da competência dos Estados.

Durante longo tempo, o velho Decreto-lei nº 406/1968 cumpriu o papel de lei regulamentadora dos serviços sujeitos ao ISSQN (revogando os arts. 71 a 73 do CTN), mesmo que a prestação envolvesse o fornecimento de mercadorias. Quanto aqueles serviços não especificados na lista anexa ao DL nº 406, e cuja prestação fosse consecutória do fornecimento de mercadorias, ficavam sob a incidência do antigo ICM. O objetivo dessa lei era híbrido – instituiu “normas gerais de direito financeiro”, que resolviam aspectos conflituosos do imposto estadual e do municipal. Já na época da vigência do DL nº 406, discutia-se a natureza da lista de serviços anexa (atualizada pela Lei Complementar nº 56/1987). A tendência era a de considerar-se tal lista taxativa, isso é, insuscetível de ampliação por analogia, pois isso feriria o princípio da legalidade – tributo tem fato gerador e todos os aspectos de sua incidência previstos em lei, o que exclui extensão analógica.

Posteriormente, a Lei Complementar nº 116, de 2003, trouxe nova relação de serviços tributáveis pelo ISSQN, esclarecendo, em seu art. 1º, par. 2º, que “§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.” Assim como antes ocorrera, a lista é fechada, *numerus clausus*, de modo que o que nela não se encontra, ou não é tributado, ou poderá, eventualmente, entrar na órbita do ICMSEm qualquer dos casos, seja no que se refere ao vetusto DL nº 406 (e LC 56), seja no que toca à vigente LC nº 116, o que importa é por a salvo o princípio da estrita legalidade tributária, assim traduzido pelo art. 9º do Código Tributário Nacional:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;

Do ponto de vista do contribuinte, as precitadas normas são relevantes para evitar-se a imposição não autorizada pelos representantes do povo; sob outro viés, o do Poder Público, as listas são importantes para obviar conflitos federativos. Resta evidente, desses objetivos, que a lista de serviços tributáveis pelo ISS está caracterizada pela tipicidade e pela taxatividade. Em histórico julgamento, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que é taxativa a lista de serviços (RE nº 77.183-SP, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO); mas, em seguida, também se posicionou no sentido de que cada item da lista comporta interpretação ampla (RE nº 75.952/SP), de modo a explorar toda a virtualidade nele contida.

O Superior Tribunal de Justiça, de certa forma ecoando a orientação antigamente palmilhada pelo STF, tem decidido, majoritariamente, que os serviços da lista anexa ao DL nº 406 é taxativa, proibindo, portanto, a criação ou majoração de tributo por analogia. Mas isso não veda a interpretação extensiva. Quer dizer, a tipicidade do ISS não é equivalente à penal. Entendo que tais precedentes merecem prestígio, pois, efetivamente, muitos dos serviços elencados o são sob designações amplas, dando a entender que o próprio legislador complementar deu ensejo à compreensão, no universo de cada item da lista, de resultado extensivo, sempre que isso fosse necessário. Seguem exemplos disso nas seguintes ementas:

TRIBUTÁRIO – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVA – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – SERVIÇOS BANCÁRIOS – ENQUADRAMENTO – REEXAME FÁTICO – SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência majoritária desta Corte firmou-se no sentido de que a lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 *comporta interpretação extensiva, a fim de abarcar os serviços correlatos àqueles previstos expressamente.*

2. O enquadramento das atividades prestadas pela recorrente, aos lindes da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, demanda a análise do contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a este Tribunal em vista do óbice da Súmula 07/STJ.

Agravo regimental improvido.

(Processo AgRg no REsp 1079341/MG - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2008/0164626-6 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 18/12/2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ISS. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. TAXATIVIDADE. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE

BANCÁRIA NA LISTA. ART. 273 DO CPC. TUTELA ANTECIPADA. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. *“A Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68 para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, a fim de enquadrar-se serviços idênticos aos expressamente previstos”* (REsp 686587/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07.11.2005).

3. A cognição acerca das atividades apontadas pelo recorrente nas razões de seu apelo especial, sobre se efetivamente se enquadram nos arts. 95 e 96 da Lista de serviços inserta no Decreto-Lei nº 406/68, impõe revolver o contexto fático-probatório, o que, sabidamente, é vedado pelo teor do enunciado nº 07, da Súmula/STJ.

4. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.

5. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003; MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002; AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001; AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999).

6. Agravo regimental desprovido.

(Processo AgRg no Ag 964075/SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2007/0237708-0 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 20/11/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 17/12/2008)

Essa corrente é perfeitamente justificável à luz da legislação do ISSQN e também das necessidades práticas ligadas à sua imposição, pois o apego exagerado à literalidade faria com que serviços correlatos aos que se encontram em lista deixassem de ser tributados, quando não foi essa a intenção, nem do constituinte, nem do legislador. Não se pode imaginar que tivessem o objetivo de estimular a concorrência desleal. A largueza de certos termos empregados em lista impõe a sua leitura com resultado amplo. Por simétrica razão, o rótulo atribuído ao serviço em questão não é importante, mas sim sua estrutura e natureza. Do contrário, bastaria ao contribuinte empregar um sinônimo da expressão constante na lista de serviços, para evadir-se à tributação.

No que se refere aos serviços bancários, estão contemplados pelos itens 95 e, principalmente, 96 da lista anexa ao DL nº 406 (na versão atribuída pela LC nº 56/1987):

95. Cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);

96. Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos;

pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços);

E, no que tange às loterias, estão abarcadas pelo item 61:

61. Distribuição e venda de bilhete de loteria, cartões, pules ou cupões de apostas, sorteios ou prêmios;

À luz dos esclarecimentos anteriores, percebe-se que as atividades elencadas pela parte embargante inserem-se confortavelmente na lista de serviços tributáveis pelo ISS, pouco importando a forma como agrupadas, em contas ou subcontas. Sendo, da mesma forma, irrelevante o nomen juris com que a instituição financeira queira batizá-los. Segundo a prova requisitada pelo Juízo, houve cobrança de tarifas decorrentes de serviços prestados a clientes, devendo, tal preço, integrar a base de cálculo do ISSQN.

A vacuidade com que a petição inicial refere-se a esses serviços, preocupando-se mais com o *flatus vocis* do que com a essência das coisas, já era um indicativo do propósito protelatório dos presentes embargos. O E. Superior Tribunal de Justiça tem refugado essa atitude processual da instituição financeira, como se extrai deste precedente:

ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. FALTA DE SIMILARIDADE. SÚMULA 7/STJ. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 3º DA LEF. ÔNUS PROCESSUAL DO EXECUTADO. I - O Tribunal *a quo* entendeu que não haveria provas suficientes nos autos para elidir a presunção de certeza e liquidez das CDA's. Para se alterar esse entendimento, seria necessário analisar as provas apresentadas pela agravante, determinar a natureza jurídica dos serviços ora tributados, fazer a subsunção do serviço com a hipótese de incidência, para, assim, afastar a combatida incidência do ISS.

Nesse contexto fático, conforme consabido nesta Corte, tal procedimento é inadmissível nos termos da Súmula 7/STJ.

II - Não é nulo o acórdão que assevera que há falta de provas nos autos para se ilidir a CDA, sob suposta violação aos arts. 333, I, e 130 do CPC. A agravante tenta repassar o ônus processual de produção das provas para o Judiciário. *Contudo, de acordo com o que determina o art. 3º da Lei 6.830/80, a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção relativa de certeza e liquidez, só podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro a quem aproveite. Assim, descabida a argumentação da recorrente.*

III - Ademais, este Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que, embora taxativa, a lista de serviços admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços bancários correlatos.

IV - Agravo regimental improvido.

(Processo AgRg no REsp 1058241/SP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2008/0105087-3 Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 26/08/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 23/10/2008)

É irrelevante o modo como a instituição financeira organiza seu plano de contas, para efeito do presente julgamento. Seus registros e elencos de contas e subcontas não têm o condão de sobrepor-se ao que interessa: a natureza dos serviços em questão e sua subsunção nos itens

tributáveis pelo imposto municipal.

Assim sendo:

a) É improcedente a alegação de que o auto de infração não indique as subcontas integrantes do plano de contas aprovado pelo Banco Central, porque isso não é a mesma coisa que deixar de identificar a base de cálculo do imposto. O que importa é que os serviços tributáveis foram regularmente elencados pelos autos de infração, tendo a embargante exercido sua ampla defesa administrativa;

b) A parte embargada está correta ao afirmar que O ISS incide sobre as atividades bancárias autuadas, nos termos da Lei Municipal nº 10.423/1987, itens 75 e 95, definidos da mesma forma como se encontram na lista anexa (item 96) da lei complementar federal. Também correta ao alegar que as entidades bancárias ampliaram sua gama de serviços ofertados, cuja tarifa é considerada para a incidência do ISS;

c) Os serviços objeto da autuação e que foram devidamente descritos nos autos de infração realmente são autônomos e não se identificam com a matéria tributável pelo IOF federal, esta, sim, restrita às operações financeiras;

d) Deve-se fazer ressalva aos autos de infração nº 6417770-0 e AI nº 6417769-6, porque, como apurou o Sr. Perito (fls. 655), não descreveram, como seria de rigor, os serviços tributados, o que fulmina tais atos administrativos de nulidade por defeito da necessária fundamentação. A razão é dúplice: lançamento deve identificar a matéria tributável e ato administrativo sancionador há de louvar-se em fundamentação adequada.

e) A CEF não demonstrou de modo cabal e abrangente haver recolhido os tributos devidos em razão do auto de infração. Sequer o perito foi capaz de identificar os pagamentos, conforme fls. 630, com uma única exceção.

f) A exceção constitui-se no mês de março de 1998, pois o Sr. Perito apurou que os valores de R\$ 85,22 e R\$1.118,76, presentes nos autos de infração nº 6417769-6 e 6417770-0 foram devidamente recolhidos, devendo o título executivo ser adaptado a essa realidade.

g) Os serviços efetivamente descritos pelos autos de infração o são tipicamente (fls. 655; fls. 657 e 658). Não se enquadram como operações financeiras, tributáveis pelo imposto federal (IOF), nem como matéria tributável pelo ICMS. A autuação engloba receitas provenientes de serviços prestados por ocasião de operações de crédito e nesse ponto está correto o parecer do assistente técnico da PMSP (fls. 732). E isso não os desnaturaliza para compor a base de cálculo do ISSQN.

Em síntese, a embargante não tem razão quanto ao cerne de suas alegações, a saber, de que os serviços em questão representariam atividades financeiras não-tributáveis pelo ISSQN. Mas logrou demonstrar alguns aspectos pontuais em desabono dos lançamentos e respectivo título executivo. Os autos de infração nº 6417770-0 e nº 6417769-6 padecem de imperfeições não toleráveis, dada sua natureza de ato administrativo punitivo e de lançamento tributário *ex-officio*. Devem os respectivos créditos ser excluídos da execução. Outra razão para isto está no fato de que valores de R\$ 85,22 e R\$ 1.118,76, presentes nos mesmos autos de infração nº 6417769-6 e nº 6417770-0 foram recolhidos e extintos em razão do pagamento. O título executivo deverá ser corrigido diante desses fatos e fundamentos jurídicos, prosseguindo a execução pelo saldo efetivamente devido.

O prosseguimento da execução fiscal após a apresentação de extratos de atualização do título executivo, expungidas as parcelas declaradas não suscetíveis de cobrança é prestigiado pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. DESTAQUE DAS PARCELAS RECONHECIDAS COMO INDEVIDAS CERTEZA E LIQUIDEZ. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AFERIÇÃO DA PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a correção do julgado.
2. O aresto impugnado guardou observância ao princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais na medida em que analisou suficientemente a controvérsia dos autos.
3. A investigação acerca da falta do preenchimento dos requisitos formais da CDA, capaz de abalar a presunção de certeza e liquidez de que goza, depende, necessariamente, da revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ.
4. O acórdão de origem, ao decidir que inexistente “razão para desconstituir a CDA, quando perfeitamente destacáveis as parcelas reconhecidas como indevidas”, seguiu o entendimento consolidado nesta Corte, quando do julgamento do REsp nº 1.115.501/SP, representativo da controvérsia na forma do art. 543-C, do CPC, no sentido de que se preserva válida a Certidão de Inscrição de Dívida Ativa quando, em havendo decote de valores indevidos, o valor devido puder ser obtido através de simples cálculos aritméticos.
5. O acórdão de origem, ancorado no substrato fático-probatório dos autos, entendeu pela inexistência de sucumbência maior de uma parte para com a outra, razão pela qual fixou a sucumbência recíproca de honorários, a serem compensados entre as partes. Rever esse posicionamento esbarra na impossibilidade de reexaminar matéria probatória, nos recursos excepcionais, a teor do veto da Súmula 7/STJ.
6. Tendo em vista que os presentes embargos de declaração foram protocolizados antes do julgamento do recurso representativo da controvérsia, deixo de aplicar a multa prevista no art. 538 do CPC.
7. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1167687/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 30/05/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7/STJ).
2. A exclusão de parcelas claramente destacáveis não tem o condão de macular a liquidez da CDA, desde que os valores possam ser revistos por simples cálculos aritméticos. Precedentes.
3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 831.621/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 26/04/2007, p. 236)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) ORIGINADA DE LANÇAMENTO FUNDADO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO (DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88). VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO PODE SER REVISTO. INEXIGIBILIDADE PARCIAL DO TÍTULO EXECUTIVO. ILIQUIDEZ AFASTADA ANTE A NECESSIDADE DE SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO PARA EXPURGO DA PARCELA INDEVIDA DA CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR FORÇA

DA DECISÃO, PROFERIDA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, QUE DECLAROU O EXCESSO E QUE OSTENTA FORÇA EXECUTIVA. DESNECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA.

1. O prosseguimento da execução fiscal (pelo valor remanescente daquele constante do lançamento tributário ou do ato de formalização do contribuinte fundado em legislação posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle difuso) revela-se forçoso em face da suficiência da liquidação do título executivo, consubstanciado na sentença proferida nos embargos à execução, que reconheceu o excesso cobrado pelo Fisco, sobressaindo a higidez do ato de constituição do crédito tributário, o que, a fortiori, dispensa a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

2. Deveras, é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

3. *In casu*, contudo, não se cuida de correção de equívoco, uma vez que o ato de formalização do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação (DCTF), encampado por desnecessário ato administrativo de lançamento (Súmula 436/STJ), precedeu à declaração incidental de inconstitucionalidade formal das normas que alteraram o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária, quais sejam, os Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88.

4. O princípio da imutabilidade do lançamento tributário, insculpido no artigo 145, do CTN, prenuncia que o poder-dever de autotutela da Administração Tributária, consubstanciado na possibilidade de revisão do ato administrativo constitutivo do crédito tributário, somente pode ser exercido nas hipóteses elencadas no artigo 149, do Codex Tributário, e desde que não ultimada a extinção do crédito pelo decurso do prazo decadencial quinquenal, em homenagem ao princípio da proteção à confiança do contribuinte (encartado no artigo 146) e no respeito ao ato jurídico perfeito.

5. O caso *sub judice* amolda-se no disposto no *caput* do artigo 144, do CTN (“O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.”), uma vez que a autoridade administrativa procedeu ao lançamento do crédito tributário formalizado pelo contribuinte (providência desnecessária por força da Súmula 436/STJ), utilizando-se da base de cálculo estipulada pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, tendo sido expedida a Resolução 49, pelo Senado Federal, em 19.10.1995.

6. Conseqüentemente, tendo em vista a desnecessidade de revisão do lançamento, subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação posteriormente declarada inconstitucional, exegese que, entretanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal, encartado no título executivo extrajudicial, na parte referente ao quantum a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico, o que, inclusive, encontra-se, atualmente, preceituado nos artigos 18 e 19, da Lei 10.522/2002, *verbis*: “Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: (...) VIII - à parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-Lei no 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei no 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar no 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações posteriores;

(...) § 2º Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis”.

(...) “Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) I - matérias de que trata o art. 18;

(...).

§ 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)” 7. Assim, ultrapassada a questão da nulidade do ato constitutivo do crédito tributário, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal (artigos 475-B, 475-H, 475-N e 475-I, do CPC).

8. Consectariamente, dispensa-se novo lançamento tributário e, a fortiori, emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1115501/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 30/11/2010)

DISPOSITIVO

Por todo o exposto e demais elementos dos autos, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS EMBARGOS e determino a adaptação do título executivo, na forma da fundamentação. Honorários partilhados e reciprocamente compensados (art. 21/CPC). Determino o traslado de cópia desta para os autos do executivo fiscal, onde se prosseguirá.

Publique-se, registre-se e intime-se.

São Paulo, 02 de abril de 2014 28 de agosto de 2014.

Juiz Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

AÇÃO PENAL

0006193-78.2009.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Denunciados: MARCO ANTÔNIO FIORI E MÁRIO SÉRGIO NUNES DA COSTA

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

Juiz Federal: MARCELO COSTENARO CAVALI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2014

1. Trata-se de ação penal pública incondicionada derivada de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal originariamente em face de *Marco Antônio Fiori* (“Marco Antônio”), brasileiro, casado, administrador de empresas (consultor financeiro), portador do CPF nº 845.490.338-00 e do RG nº 9110219/SSP-SP, *Mário Sérgio Nunes da Costa* (“Mário Sérgio”), brasileiro, separado, portador do CPF nº 574.719.168-34 e do RG nº 7273104/SSP-SP, e de Eduardo Mastandrea Junior (“Eduardo”), brasileiro, casado, economista, portador do CPF nº 502.918.900-91 e do RG nº 20440850-71/SSP-RS, por meio da qual se lhes imputa a prática do *delito tipificado no artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976*.

Narra a denúncia, acostada às fls. 245/252, que, no início de 2003, a Rimet Empreendimentos Industriais e Comerciais S.A. (“Rimet”) passava por sérias dificuldades financeiras, conforme demonstrado por seus demonstrativos financeiros para o exercício fiscal encerrado em 31 de dezembro de 2002. Seu patrimônio líquido era negativo ao menos desde 21.12.1998.

Em março de 2003, o denunciado Eduardo passou a presidir o Conselho Administrativo da empresa. Entre janeiro e maio de 2003, conforme informações prestadas pela Bovespa à CVM, as ações Rimet PN foram negociadas apenas no mercado fracionário em valores irrisórios. No mercado à vista da Bovespa, os negócios iniciaram-se no dia 13 de junho de 2003, quando 1.100.000 (um milhão e cem mil) ações foram adquiridas pelo Atrium Fundo Mútuo de Investimentos em Ações (“Atrium FMIA”) pelo preço de R\$ 2,86 (dois reais e oitenta e seis centavos) por lote de mil ações, num negócio cujo montante atingiu a cifra insignificante de R\$ 3.146,00 (três mil, cento e quarenta e seis reais).

Nos meses seguintes, até 04 de dezembro de 2003, o Atrium FMIA adquiriu cerca de 9.919 (nove mil, novecentos e dezenove) lotes de mil ações por um preço que oscilou entre R\$ 3,02 (três reais e dois centavos) e R\$ 5,00 (cinco reais), desembolsando, no período, R\$ 31.982,07 (trinta e um mil, novecentos e oitenta e dois reais e sete centavos).

Tais operações, bem como as que se seguiram, teriam sido realizadas pelos denunciados Marco Antônio, diretor da Atrium CCTVM, e Mário Sérgio, gerente de operações da Atrium CCTVM. Marco Antônio seria o responsável pelas operações em bolsa de valores, bem como o responsável pela administração do Atrium FMIA.

Em 11 de dezembro de 2003 e 14 de janeiro de 2004, o Atrium FMIA, apresentando-se sob nova denominação, qual seja, Atrium Fundo de Investimentos, Títulos e Valores Mobiliários, vendeu à Atrium Administração e Serviços Ltda. (“Atrium Administração”), também integrante do grupo empresarial Atrium, praticamente todas as ações que adquirira no semestre, ou seja, 9.200 (nove mil e duzentos) lotes de mil ações, sendo que 5.000 (cinco mil) lotes foram vendidos por R\$ R\$ 7,00 (sete reais) e 4.200 (quatro mil e duzentos) lotes por R\$ 18,60 (dezoito reais e sessenta centavos). O Atrium FMIA recebeu, portanto, R\$ 113.120,00 (cento e treze mil, cento e vinte reais).

Em 15 de janeiro de 2004, a Atrium Administração ainda adquiriu de outros acionistas

1.200 (mil e duzentos) lotes de mil ações ao preço de R\$ 16,50 (dezesesseis reais e cinquenta centavos), desembolsando R\$ 19.800,00 (dezenove mil e oitocentos reais).

Finalmente, a Atrium Participações, Consultoria e Administração (“Atrium Participações”) adquiriu, entre 16 e 23 de dezembro de 2003, 2.600 (dois mil e seiscentos) lotes de mil ações a preços que oscilaram entre R\$ 7,00 (sete reais) e R\$ 15,00 (quinze reais), desembolsando R\$ 31.200,00 (trinta e um mil e duzentos reais).

Em seguida, entre 15 e 22 de janeiro de 2004, todas as empresas do grupo Atrium se desfizeram, por preços que variaram de R\$ 10,00 (dez reais) a R\$ 18,60 (dezoito reais e sessenta centavos) por lote de mil ações, de todas suas ações Rimet PN. O ganho global do grupo Atrium com essas operações de compra e venda, levadas a cabo num período inferior a oito meses, foi de R\$ 257.421,55 (duzentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e vinte e um reais e cinquenta e cinco centavos).

Conforme conclusão da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a evolução dos preços das ações da Rimet mostrou-se em descompasso com a evolução do Índice Bovespa no período, bem como não houve nenhum evento especial que justificasse essa elevação.

1.1. No início de 2004, Eduardo contratou os serviços da MS Cardim e Associados (“MS Cardim”) para elaboração de laudo de avaliação econômica, visando a determinar o valor econômico da empresa e seu patrimônio líquido, além do valor econômico justo das ações ordinárias e preferenciais. Concluiu tal laudo que, apesar de o valor patrimonial da ação em 31.12.2003 ser negativo, o valor econômico justo para as ações seria de R\$ 0,01 (um centavo), ou seja, R\$ 10,00 (dez reais) por lote de mil ações, dado que “as ações preferenciais da Rimet apresentavam negociações regulares na Bovespa”.

Em 18 de junho de 2004, Eduardo convocou uma Assembleia Geral Extraordinária para deliberar o aumento do capital social, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia, com a subscrição particular de novas ações ordinárias. Foi homologado, na ocasião, um aumento de capital social de R\$ 78.037.077,34, com a subscrição particular de 5.823.622.488 novas ações ordinárias.

Em julho de 2004, no momento em que se realizava a capitalização, o valor de negociação das ações chegou a R\$ 7,00, mas em dezembro de 2004 retornou a R\$ 3,15, bastante próximo ao preço de R\$ 2,86, referente a junho de 2003, antes das negociações tidas por fraudulentas.

Finalmente, frisa o Ministério Público Federal, entre março e dezembro de 2004, apenas 42 (quarenta e dois) negócios foram realizados com referida ação na Bovespa, o que evidenciaria o irreal volume negociado entre dezembro de 2003 e janeiro de 2004.

Foram arroladas 3 (três) testemunhas.

1.2. *A denúncia foi recebida em 15 de dezembro de 2011 (fls. 253/256).*

O Ministério Público Federal ofereceu proposta de suspensão condicional do processo (fls. 300/301). Eduardo concordou com a proposta de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público Federal, ao passo que Marco Antônio e Mário Sérgio a rejeitaram, prosseguindo a ação penal apenas contra estes (fls. 338/340).

2. A Defesa de Marco Antônio, na resposta escrita à acusação acostada às fls. 344/378, alegou, preliminarmente, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Aduziu que os fatos imputados na denúncia teriam ocorrido entre os meses de junho de 2003 e janeiro de 2004, sendo a denúncia recebida somente em dezembro de 2011. Sustenta que, embora não tenha ocorrido a prescrição em abstrato, considerando-se a inexistência de antecedentes criminais do acusado, a eventual pena em concreto seria inevitavelmente atingida pela prescrição retroativa.

Em seguida, sustentou que o acusado Marco Antônio seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação penal, pois era um mero sócio minoritário da Atrium DTVM, desempenhando apenas funções técnicas na empresa, sem relação com a parte operacional de corretagem de valores. Defendeu que os depoimentos do então diretor da Atrium Participações e da Atrium Administração, Sérgio Miyamoto, bem como do corréu Mário Sérgio, indicariam que Marco Antônio não teve participação nas negociações com ações da Rimet PN.

A Defesa alegou, ademais, que a CVM concluiu, em processo administrativo, que o valor por ação da Rimet, para fins de aumento de capital, não se revelou lesivo aos acionistas não controladores da sociedade anônima, porquanto, dentre as alternativas analisadas, seria a que causaria menor diluição na participação dos acionistas minoritários. Também argumenta que o suposto prejudicado pelo delito, Agripino Bonani Filho, declarou que as negociações realizadas com ações da Rimet se deram por ordem sua, não tendo constatado qualquer irregularidade.

Na sequência, teceu a Defesa comentários acerca da política de investimentos adotada pelas entidades do grupo Atrium, afirmou que não houve manipulação de mercado e sustentou a ausência de dolo e denexo causal entre o artifício e o resultado indicado.

Foram arroladas 6 (seis) testemunhas e juntados documentos (fls. 379/428).

3. A Defesa de Mário Sérgio, na resposta escrita à acusação acostada às fls. 429/460, também alegou, preliminarmente, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Aduziu que os fatos imputados na denúncia teriam ocorrido entre os meses de junho de 2003 e janeiro de 2004, sendo a denúncia recebida somente em dezembro de 2011. Sustentou que, embora não tenha ocorrido a prescrição em abstrato, considerando-se a inexistência de antecedentes criminais do acusado, a eventual pena em concreto seria inevitavelmente atingida pela prescrição retroativa.

Repetindo os argumentos apresentados por Marco Antônio, a Defesa alegou, ademais, que a CVM concluiu, em processo administrativo, que o valor por ação da Rimet, para fins de aumento de capital, não se revelou lesivo aos acionistas não controladores da sociedade anônima, porquanto, dentre as alternativas analisadas, seria o que causaria menor diluição na participação dos acionistas minoritários. Também argumentou que o suposto prejudicado pelo delito, Agripino Bonani Filho, declarou que as negociações realizadas com ações da Rimet se deram por ordem sua, não tendo constatado qualquer irregularidade. Também discorreu acerca da política de investimentos adotada pelas entidades do grupo Atrium, afirmou que não houve manipulação de mercado e sustentou a ausência de dolo e de nexocausal entre o artifício e o resultado.

Foram arroladas 4 (quatro) testemunhas e juntados documentos (fls. 463/512).

4. Conforme fundamentado na decisão de fls. 515/517, não foram verificadas causas de absolvição sumária dos acusados.

A instrução teve sequência com a oitiva das testemunhas e, ao fim, o interrogatório dos réus (mídia à fl. 694). Nenhuma diligência foi requerida pelas partes ao término de instrução.

5. Em suas alegações finais, o Ministério Público Federal requereu a condenação dos réus. Mencionou que a CVM concluiu pela valorização artificial da cotação das ações da Rimet, gerando ganhos para a própria Rimet e para o grupo Atrium. Sustentou a comprovação da materialidade e da autoria pelos acusados.

6. A Defesa de Marco Antônio e Mário Sérgio, nas alegações finais de fls. 735/778, após um breve relato dos fatos, sustentou, preliminarmente, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva. Arguiu, ainda, a ilegitimidade passiva do denunciado Marco Antônio para figurar como denunciado na ação penal.

Mencionou depoimentos de testemunhas a respeito da atuação dos denunciados. Em seguida, examinou as conclusões da CVM, sustentando que a autarquia concluiu que o valor por ação da Rimet, para fins de aumento de capital, não se revelou lesivo aos acionistas não controladores da sociedade anônima, porquanto, dentre as alternativas analisadas, seria a que causaria menor diluição na participação dos acionistas minoritários. Destacou não haver decisão definitiva por parte do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Também expôs que o suposto prejudicado pelo delito, Agripino Bonani Filho, declarou que as negociações realizadas com ações da Rimet se deram por ordem sua, não tendo constatado qualquer irregularidade. Também discorreu acerca da política de investimentos adotada pelas entidades do grupo Atrium, que estaria focada em empresas em dificuldade financeira “junk market”.

Afirmou que não houve manipulação de mercado, já que a simples constatação de oscilações fora da média do valor de determinado papel não pressupõe necessariamente a ocorrência da infração. Defendeu que no período em que os papéis da Rimet sofreram maior alta não houve negociação envolvendo empresas do grupo Atrium.

Sustentou, ademais, a ausência de dolo e de nexos causal entre o artifício e o resultado.

7. Vieram, então, os autos conclusos, para prolação de sentença. É o relatório.

Passo a decidir.

8. As questões preliminares suscitadas pela Defesa – prescrição da pretensão punitiva e ilegitimidade passiva do denunciado – já foram examinadas e fundamentadamente afastadas na decisão de fls. 515/517, à qual remeto.

Deixo de reproduzir os fundamentos lá expostos, por economia processual, ressaltando que tais argumentos integram a presente sentença.

9. Passo, assim, ao julgamento do mérito da pretensão punitiva.

Início por considerações acerca do tipo penal imputado, previsto no artigo 27-C da Lei nº 7.492/1986 com a seguinte redação:

Manipulação do Mercado

Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Esse crime se enquadra numa tendência mundial de estabelecimento de regras penais mais rígidas para garantir a confiança e a regularidade dos mercados de capitais.

Nos Estados Unidos da América e no Canadá a manipulação de mercado é criminalizada, conforme previsto nos respectivos Códigos Penais (artigos 139 e 382, respectivamente). Na Argentina, recentemente, as Leis 26.733 e 26.734, de 28 de dezembro de 2011, alteraram o Código Penal para prever novas e mais severas penas ao crime de manipulação de mercado.

Vale mencionar, ainda, no âmbito europeu, a Diretiva 2014/57/EU, de 16 de abril de 2014, que estabelece regras criminais mínimas para insider trading, quebra indevida do sigilo de informações privilegiadas e manipulação de mercado, para assegurar a integridade dos mer-

cados financeiros da União Europeia e para aprimorar a proteção do investidor e a confiança nos mercados.

O artigo 5.1. da referida Diretiva estabelece que os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que a manipulação de mercado seja considerada um delito, ao menos nos casos sérios, quando cometidos dolosamente.

9.1. A eficiência do mercado de capitais tem relação diretamente proporcional à qualidade do acesso dos investidores às informações referentes à companhia. Num mercado de capitais em condições ideais (“mercado perfeito”), no qual todos os investidores têm acesso à informação de forma simétrica, publicamente disponível no menor tempo possível, as cotações das ações refletem o valor “real” dos ativos financeiros negociados. Um mercado de capitais apto a distribuir de maneira eficiente os recursos da sociedade – e, assim, proporcionar o desenvolvimento econômico – depende da formação de preços dos ativos financeiros em condições de normalidade, de acordo com a lei da oferta e da procura.

Se, porém, pessoas agem para simular uma falsa percepção sobre as condições do mercado, o funcionamento resta alterado, de modo que a cotação dos títulos não guarda mais correlação com o seu valor verdadeiro. É esse tipo de situação que o delito denominado de manipulação do mercado procura impedir.

A Grande Depressão de 1929 e a grave crise econômica em que o mundo se afundou em 2008 bem demonstram as severas distorções que podem ser causadas em um mercado pouco regulado e pouco fiscalizado. Aliás, nem é preciso ir tão longe: Arnaldo Malheiros Filho relembra que uma das principais razões para o desaparecimento da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro – a primeira a ser fundada no Brasil, em 1845 – foi uma ampla manipulação das ações ali negociadas em 1889.¹

A liberdade irrestrita dos agentes econômicos conduz à ganância exacerbada, que, por sua vez, se não controlada, coloca em risco o próprio sistema capitalista. É necessário, pois, que a mão invisível do mercado a que se referia Adam Smith seja, ao menos parcialmente, limitada pela atuação do Estado.

9.2. Nesse contexto, o *bem jurídico* tutelado pelo artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976 é o correto funcionamento do mercado de capitais, mais especificamente a regularidade do mecanismo de formação de preços nesse mercado, buscando a norma evitar a sua manipulação.² A incriminação da conduta tem, inclusive, respaldo constitucional, dada a previsão do artigo 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Esse dispositivo costuma ser lembrado como fundamento de crimes (Lei nº 8.137/1990, artigo 4º) e infrações administrativas (Lei nº 12.529/2011, artigo 36) contra a ordem econômica (em sentido estrito), mas também dá respaldo à proteção penal do mercado de capitais contra práticas abusivas.³

10. Feitas essas considerações iniciais, passo, em seguida, à reconstituição dos fatos, a partir do exame dos dez volumes que compõem o Apenso I.

1 Crime de manipulação do mercado de capitais. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coord.). *Temas de direito empresarial e societário contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 889-891.

2 CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 533-534.

3 Na Alemanha, a doutrina predominante entende que o bem jurídico tutelado é o correto funcionamento do mercado de capitais. Cf. WITTIG, Petra. *Wirtschaftsstrafrecht*. 2. auf. München: Beck, 2011. p. 452. Para Klaus Tiedemann, é o funcionamento do mercado de capitais e – conectada com ele – a confiança dos participantes do mercado na veracidade da formação dos preços (*Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010 p. 380).

A partir de reclamação enviada via e-mail por Oscar José Horta Filho, a CVM resolveu, por meio da Portaria/CVM/SGE/nº 047, de 09 de março de 2007, instaurar o Inquérito Administrativo CVM nº 04/07, “para apurar eventuais irregularidades envolvendo aumento de capital da Rimet Empreendimentos Industriais e Comerciais S.A. em 2004, manipulação de preços com ações de emissão da companhia em 2003, bem como falta de envio de informações periódicas à CVM” (fl. 01 do Apenso I, Volume I).

Após ampla instrução, a comissão apresentou seu relatório final (fls. 1540/1591 do Apenso I, Volume IX), no qual, entre outros aspectos, concluiu que “ficou evidenciado que a Atrium CCTVM, o fundo por ela administrado Atrium FMIA e as empresas Atrium Administração e Serviços e Atrium Participações atuaram em conjunto para elevar artificialmente o preço das ações preferenciais da Rimet no período sob análise, tendo como objetivo vender com lucro a posição de 19.543.100 ações Rimet PN detidas pelo Atrium FMIA, caracterizando, assim, manipulação de preço no mercado de valores mobiliários, prática definida pela alínea ‘b’, e vedada pelo item I, ambos da Instrução CVM nº 08/79” (fl. 1581 do Apenso I, Volume IX).

Especificamente no que se refere à comprovação da manipulação de mercado, o Colegiado da CVM, por unanimidade de votos, manteve as conclusões da comissão de apuração (fls. 148/188).

Passo a expor, de forma resumida, o que restou comprovado no âmbito administrativo na autarquia fiscalizadora do mercado de capitais.

10.1. Inicialmente, vejamos como se deu o processo de capitalização, através da emissão de novas ações ordinárias, pela Rimet.

A Rimet enfrentava, desde 1992, dificuldades financeiras, tendo procurado alternativas para reestruturar suas dívidas, dentre elas a mudança de controle societário em 2002.

Como parte da reestruturação da companhia, o Conselho de Administração propôs a redução do passivo da empresa, mediante aumento de capital no valor de R\$ 78.037,077.

Para atender ao disposto no artigo 170, § 1º, da Lei das S.A., foi elaborado laudo de avaliação econômica pela MS Cardim, datado de 31.03.2004, que indicou o valor de R\$ 10,00/lote de mil ações, como preço de emissão para as novas ações ordinárias.

Em reunião de 05.05.2004, o Conselho de Administração concordou com o preço sugerido e recomendou a emissão de 7.803.707.734 novas ações ordinárias no valor de R\$ 10,00/mil ações. Em 10.05.2004, o Conselho Fiscal aprovou por unanimidade a recomendação do Conselho de Administração. Em 20.05.2004, porém, a Assembleia Geral Extraordinária aprovou o preço de 13,40/mil ações, valor obtido a partir da cotação média das ações preferenciais da companhia nos três meses anteriores (fl. 143, Apenso I, Volume I).

10.2. Pois bem. Vejamos, agora, uma síntese dos negócios realizados com ações da Rimet no período de dois anos, compreendido entre 01.01.2003 e 31.12.2004. Confira-se a exposição da comissão de inquérito no processo administrativo (fls. 1578/1581 do Apenso I, Volume IX):

(...) Constatou-se a ocorrência de negociações com esse papel, no período de janeiro a maio/03, apenas no mercado fracionário da Bovespa. No mercado à vista, os negócios iniciaram-se em 13/06/03 e concentraram-se nos meses de dezembro/03 e janeiro/04. Embora tenha havido ocorrência de negócios até dezembro/2004, o volume negociado diminuiu consideravelmente, conforme demonstrado nos quadros 30 e 31 a seguir:

Quadro 30
Bovespa – Mercado à Vista –

Número de Negócios com Rimet PN em 2003 e 2004

Mês	Nº negócios mês	Nº negócios intermediados pela Atrium CCTVM	Preço 1º negócio R\$/ mil	Preço último negócio R\$/ mil
<i>2003</i>				
Junho	1	1	2,86	2,86
Julho	3	-	2,30	2,30
Agosto	-	-	-	-
Setembro	18	4	0,52	4,00
Outubro	6	2	4,00	3,99
Novembro	7	5	3,01	3,05
Dezembro	28	11	4,50	20,00
<i>2004</i>				
Janeiro	75	38	21,00	14,00
Fevereiro	-	-	-	-
Março	9	-	13,99	10,00
Abril	6	-	9,99	8,99
Maio	-	-	-	,
Junho	8	-	7,99	6,99
Julho	2	-	7,00	6,99
Agosto	-	-	-	-
Setembro	-	-	-	-
Outubro	4	-	4,51	4,60
Novembro	10	-	4,66	4,66
Dezembro	3	-	3,15	3,15

Quadro 31

Bovespa – Mercado à Vista –

Resumo de Negociação com Rimet PN em 2003 e 2004

Mês	COMPRAS DE RIMET PN			VENDAS DE RIMET PN		
	Quantidade total negociada	Quantidade intermediada pela Atrium CCTVM	Particip. % Atrium CCTVM	Quantidade total negociada	Quantidade intermediada pela Atrium CCTVM	Particip. % Atrium CCTVM
<i>2003</i>						
Junho	1.100.000	1.100.000	100%	1.100.000	-	-
Julho	1.800.000	-	-	1.800.000	-	-
Agosto	-	-	-	-	-	-
Setembro	8.700.000	3.500.000	40,2%	8.700.000	-	-
Outubro	6.100.000	200.000	3,3%	6.100.000	-	-

Novem- bro		4.500.000	68,2%		-	-
Dezem- bro		8.100.000	18,5%		5.500.000	12,5%
2004						
Janeiro		21.200.000	46,6%		36.900.000	81,1%
Fevereiro	-	-	-	-	-	-
Março	1.000.000	-	-	1.000.000	-	-
Abril	1.500.000	-	-	1.500.000	-	-
Maio	-	-	-	-	-	-
Junho	1.200.000	-	-	1.200.000	-	-
Julho	400.000	-	-	400.000	-	-
Agosto	-	-	-	-	-	-
Setem- bro	-	-	-	-	-	-
Outubro	900.000	-	-	900.000	-	-
Novem- bro	1.900.000	-	-	1.900.000	-	-
Dezem- bro	1.000.000	-	-	1.000.000	-	-

Em 13/06/2003, data em que o Atrium FMIA iniciou suas operações com Rimet PN naquele ano e em que ocorreu o primeiro negócio no mercado à vista (exclusive fracionário), o papel foi cotado a R\$ 2,86/lote de mil. Em julho/03, a cotação do papel fechou a R\$ 2,30/mil. Em agosto/03, não houve negócios, sendo que o primeiro negócio que ocorreu em setembro/03, foi fechado no dia 15, a R\$ 0,52/mil. De 24 para 25/09/03, a cotação se elevou de R\$ 0,82/mil para R\$ 3,01/mil. Em 26/09/03, o Atrium FMIA voltou a operar, tendo o papel fechado o mês cotado a R\$ 4,00/mil, mesmo patamar em que o papel foi cotado no fim de outubro/03, mês em que houve seis negócios. Após a ocorrência de sete negócios, o papel fechou novembro/03 cotado a R\$ 3,05/mil, sendo que o último negócio ocorreu em 20/11/03.

A elevação da cotação de Rimet PN tomou corpo em dezembro/03, quando o papel partiu de R\$ 4,50 em 04/12 para R\$ 20,00 em 30/12/03. Note-se que, nesse período, iniciou-se a atuação da Atrium Adm. e Serviços, que, em 11/12/03, adquiriu 5 milhões de Rimet PN em contraparte ao Atrium FMIA, a R\$ 7,00/mil, e da Atrium Participações que, entre 16 e 23/12/03, efetuou diversas aquisições de Rimet PN, período em que a cotação partiu de R\$ 7,00/mil em 16/12 para R\$ 15,50/mil em 23/12/03. Em 30/12/03, a cotação foi a R\$ 20,00/mil.

Em janeiro/04, ocorreram 75 negócios com Rimet PN, correspondendo ao maior número no período analisado. O primeiro negócio com Rimet PN em janeiro/04 foi fechado a R\$ 21,00/mil, enquanto o último foi fechado a R\$ 14,00/mil. De 14/01 a 22/01/04, o Atrium FMIA e a Atrium Participações alienaram toda a sua posição com o papel. A Atrium Adm. e Serviços, que já havia vendido parte de sua posição em 19/12/03, também vendeu o restante entre 19/01 e 22/01/04. Até 31/12/04, todos esses comitentes não mais operaram com Rimet PN. Consoante se observa no Quadro 30, integrante do parágrafo 109 supra, a partir de março/04, os preços de Rimet PN entram em trajetória de queda, sendo que o último preço praticado em 2004 foi R\$ 3,15/mil.

O gráfico integrante do Anexo 2 ao presente inquérito (fls. 1539) confronta a evolução do Índice Bovespa em relação ao comportamento dos preços de Rimet PN nos anos de 2003 e 2004. Nele verifica-se que houve total descompasso em termos percentuais entre a evolução do Índice

Bovespa e as ações Rimet PN. Destaca-se, em especial, o comportamento apresentado em dezembro/03 e janeiro/04, a seguir relatado. Não foi verificado, nesse período, nenhum evento que justificasse a elevação do preço de Rimet PN, ocorrida, em especial, em dezembro/03.

De 13/06/03 a 04/12/03, período em que o Atrium FMIA e as empresas Atrium Participações e Atrium Administração e Serviços operaram de forma moderada, as ações Rimet PN valorizaram-se 53,74% enquanto o Ibovespa valorizou 48,64%. Após o pregão de 11/12/03, em que o Atrium FMIA e a Atrium Participações negociaram entre si, a valorização de Rimet PN já estava em 109,79%, enquanto a do Ibovespa era de 55,07%. A valorização mais intensa de Rimet PN ocorreu de 11/12 a 30/12/03, período em que o Atrium e as empresas Atrium atuaram de forma expressiva na ponta compradora: de 13/06 a 30/12/03, as ações Rimet PN subiram 599,3%, enquanto o Ibovespa subiu 61,31%.

Em janeiro/04, o Atrium FMIA e as empresas Atrium Participações e Atrium Administração e Serviços aproveitaram a valorização do papel para se desfazerem de suas posições com Rimet PN. Embora o preço do papel tenha caído em decorrência das mencionadas vendas, em 26/01/04, Rimet PN apresentava valorização de 389,51% desde 13/06/03, enquanto o Ibovespa havia se valorizado 77,3% no período.

De fevereiro/04 em diante, quando os comitentes que operavam pela Atrium Corretora deixaram de negociar Rimet PN, os preços do papel entraram em declínio, terminando o ano de 2004 com valorização de 10,14% em relação a 13/06/03, enquanto o Ibovespa subiu 90,74% no período.

O Atrium FMIA, que possuía 19.543.100 ações Rimet PN em 13/06/03, adquiriu do mercado até 04/12/03, 9.918.689 ações, ao preço médio de 3,22/mil. De 11/12/03, vendeu todas as ações por ele detidas, num total de 29,4 milhões, das quais 9,2 milhões foram vendidas em contraparte à Atrium Administração e Serviços e 13,2 milhões em contraparte a Agripino Bonani Filho, cliente da Atrium CCTVM e que acatou sugestão dessa mesma corretora para investir no papel. Nas vendas, o Atrium FMIA auferiu preço médio de R\$ 12,65/mil.

A Atrium Administração e Serviços, que não possuía Rimet PN em carteira até 11/12/03, comprou, dessa data até 15/01/04, 10,4 milhões dessas ações, das quais 9,2 milhões foram adquiridas do Atrium FMIA. Em 22/01/04, vendeu todas as ações Rimet PN por ela detidas, das quais 1,8 milhão foram vendidas a Agripino Bonani Filho.

A Atrium Participações, que também não possuía Rimet PN em carteira até 16/12/03, comprou e vendeu dessa data até 22/01/04, o total de 2,6 milhões dessas ações. Note-se que 900 mil ações foram vendidas para Agripino Bonani Filho.

Observa-se, assim, que os negócios realizados com Rimet PN por Atrium FMIA, Atrium Administração e Serviços e Atrium Participações tiveram como objetivo elevar o preço do papel para desovar as 19.543.100 ações Rimet PN detidas pelo Atrium FMIA. O maior comprador, Agripino Bonani Filho, cliente da Atrium CCTVM e que recebia assessoria de investimentos dessa mesma Corretora, foi o destinatário de 15,8 milhões de ações Rimet PN vendidas por Atrium FMIA, Atrium Administração e Serviços e Atrium Participações em 22/01/04, pelas quais pagou R\$ 11,04/mil, ou seja, 286% a mais do que o preço praticado em 13/06/03. Ressalte-se, ainda, que, no período, o Ibovespa subiu 67%.

Diante dos fatos apresentados, ficou evidenciado que a Atrium CCTVM, o fundo por ela administrador Atrium FMIA e as empresas Atrium Administração e Serviços e Atrium Participações atuaram em conjunto para elevar artificialmente o preço das ações preferenciais da Rimet no período sob análise, tendo como objetivo vender com lucro a posição de 19.543.100 ações Rimet PN detidas pelo Atrium FMIA, caracterizando, assim, manipulação de preço no mercado de valores mobiliários, prática definida pela alínea “b”, e vedada pelo item I, ambos da Instrução CVM nº 08/79. Cumpre lembrar que, à época dos fatos, cerca de 20% das cotas desse fundo eram detidas pela Atrium CCTVM e pela Atrium Participações.

Como se vê, portanto, as ações Rimet PN somente começaram a ser efetivamente nego-

ciadas no mercado à vista da Bovespa a partir de junho de 2003, mas se concentraram realmente nos meses de dezembro de 2003 e janeiro de 2004. Foram realizadas: uma operação em junho/03, três em julho/03, nenhuma em agosto/03, 18 em setembro/03, seis em outubro/03, sete em novembro/03, 28 em dezembro/03 e 75 em janeiro/04.

Foi em dezembro de 2003 que as empresas do grupo Atrium começaram a alterar artificialmente a regularidade do mercado dessas ações. Com efeito, em 11 de dezembro de 2003, a Atrium Administração, que nunca detivera ações Rimet PN, adquiriu 5 milhões desses títulos a R\$ 7,00/mil do Atrium FMIA, fundo administrado pelo grupo Atrium. Em 14 de janeiro, adquiriu 4.200 (quatro mil e duzentos) lotes por R\$ 18,60 (dezoito reais e sessenta centavos). Note-se que, um mês antes, em 04 de dezembro de 2003, a cotação do papel estava em R\$ 4,50, sendo que não foi identificado nenhum fato relevante que justificasse o súbito e significativo aumento.

Já aí fica claro que a negociação foi realizada apenas com a finalidade de *forçar o preço para cima e criar uma falsa demanda pelos títulos*. Isso fica evidente quando se considera: a) a abrupta elevação do valor do título sem justificativa; b) que a negociação envolveu partes relacionadas entre si, quais sejam, a Atrium Administração e Serviços Ltda., na posição compradora, e o Atrium FMIA, na posição vendedora.

O Atrium FMIA, a propósito, na condição de mero fundo de investimentos, não tinha existência própria, de modo que sua administração era feita a partir do mesmo local de funcionamento da Atrium Administração, da Atrium Participações e da Atrium CCTVM (cf. interrogatório do denunciado Marco Antônio, mídia à fl. 694, minuto 09:23 e seguintes).

Logo em seguida, entre 16 e 23 de dezembro de 2003, a Atrium Administração continuou a comprar ações Rimet PN, elevando o preço do papel para R\$ 15,50/mil. Em 14 de janeiro de 2004, a Atrium pagou ao Atrium FMIA R\$ 18,00/mil pelo mesmo título.

Note-se que, do total de 10,4 milhões de ações adquiridas pela Atrium Administração e Serviços Ltda. no período de pouco mais de um mês – entre 11.12.2003 e 15.01.2004 – mais de 90%, isso é, 9,2 milhões de ações, foram adquiridas do Atrium FMIA. Veja-se, portanto, que, apesar de haver negociações com terceiros, o valor substancial continuou a ser negociado entre partes ligadas.

Após esse período, em que as negociações mais substanciais se realizaram entre partes ligadas, as empresas do grupo se desfizeram rapidamente dos papéis. De 14/01 a 22/01/04, o Atrium FMIA e a Atrium Participações alienaram toda a sua posição com o papel. A Atrium Administração, que já havia vendido parte de sua posição em 19/12/03, também vendeu o restante entre 19/01 e 22/01/04. Até 31/12/04, todos esses comitentes não mais operaram com Rimet PN.

O maior comprador das ações foi Agripino Bonani Filho, que teria sofrido o maior prejuízo com essas operações.

Restou muito claro, portanto, que as empresas do grupo Atrium, utilizando-se inclusive de negociações realizadas entre si, alteraram artificialmente as condições de preço e liquidez das ações Rimet PN. Em razão das negociações operadas, sendo algumas das mais elevadas entre partes vinculadas, obteve-se uma valorização das ações que chegou, em pouco mais de seis meses (junho a dezembro de 2003), a quase 10 (dez) vezes o crescimento do Ibovespa (599,3% contra 61,31%); em seguida, quando as empresas do grupo Atrium deixaram de negociar o papel, este retrocedeu, no final de 2004, a praticamente 0,1 vezes o valor do Ibovespa (10,14% contra 90,74%).

10.3. E como justifica a Defesa essas negociações?

10.3.1. Segundo a Defesa, “o foco de atuação das empresas Atrium pautou-se na busca por operações com rentabilidade diferenciada, o que resultou na atuação em mercados de papéis com baixíssima liquidez, bem como em empresas com dificuldades financeiras, o denominado ‘junk market’, ponderando-se, sempre, pela rentabilidade das empresas investidas vis a vis planos de reestruturação ou até mesmo o próprio aquecimento econômico” (fl. 762).

Assim, mencionou plano de reestruturação da sociedade projetado por Edson Vaz Musa, que levou o Atrium FMIA a adquirir, em 13 de julho de 2000, 9.243.100 de ações da Rimet.

Em seu interrogatório, Marco Antônio afirmou que o interesse pela aquisição de ações da Rimet surgiu em razão da divulgação de um leilão pela Bolsa de Valores, uma semana antes do dia 13 de julho de 2000, de ações pelo valor de R\$ 3,00. Disse que, a partir de então, realizou pesquisa sobre a empresa e verificou que ela estava passando por um momento difícil. Porém, um executivo renomado teria assumido o controle da empresa, além de ter a sociedade um elevado faturamento e possuir bens imóveis valiosos. Mencionou que, a partir de então, participou ativamente do acompanhamento da companhia (mídia à fl. 694, minuto 10:18 e seguintes).

Até aí não há maiores discussões. Essas são razões que, em princípio, podem explicar efetivamente a aquisição das ações da Rimet pelas empresas do grupo Atrium no ano 2000. Mas não é disso que se trata nessa ação penal.

Como dito, a manipulação efetiva do mercado desses títulos não se deu no ano 2000, mas veio a ocorrer posteriormente, de dezembro de 2003 a janeiro de 2004.

Já nesse momento, não foi apresentada nenhuma justificativa razoável para a aquisição de mais ações da companhia em dezembro de 2003 e janeiro de 2004, mesmo pagando-se até R\$ 18,00/mil numa ação pela qual, em julho de 2003, pagara R\$ 2,86/mil.

Ou seja, não se questiona que os denunciados tenham adquirido ações da Rimet, em razão de vislumbrarem condições favoráveis para a companhia, no ano 2000 e até mesmo em julho de 2003. O que se questiona é o que foi feito em dezembro de 2003 e janeiro de 2004, quando, como exposto, atuaram ativamente nas pontas compradora e vendedora, inflando artificialmente os preços dos títulos e criando falsa impressão de liquidez no mercado.

Questionado sobre as razões da valorização repentina das ações entre dezembro de 2003 e janeiro de 2004, Marco Antônio não apresentou nenhum argumento razoável. Afirmou que talvez a expectativa viesse das razões já aduzidas – reestruturação da empresa. Ocorre que, segundo ele próprio afirmara, esses fatos já eram conhecidos no ano 2000, de modo que não explicam, de maneira nenhuma, a expressiva e súbita valorização no fim de 2003.

Questionado especificamente sobre o fato de operações terem sido feitas entre empresas do próprio grupo Atrium, por um valor maior do que aquele anteriormente pago, afirmou apenas que “isso depende do momento do mercado”.

Não se trata de condições de mercado, entretanto, quando ações que estavam sendo negociadas a preços mais baixos repentinamente são negociadas a valor maior por empresas ligadas. Trata-se, isso sim, de definição arbitrária, de verdadeira manipulação dos preços.

Ademais, caso os representantes do grupo Atrium estivessem realmente convencidos de que as ações Rimet PN estavam “baratas”, as empresas do grupo que já detinham os títulos haveriam de mantê-los, para vendê-los futuramente, quando já estivessem precificados num patamar mais elevados. Assim, as compras das ações teriam sido feitas de terceiros proprietários dos títulos. Não obstante, como visto, houve aquisições feitas pela Atrium Administração

e Serviços Ltda. diretamente do Atrium FMIA.

São válidas aqui as conclusões esposadas pelo relator do processo administrativo sancionador: “Ora, não se pode confundir a atuação em mercados de pouca liquidez, predominantemente com títulos que muitas vezes apresentam maiores benefícios financeiros para seus adquirentes, com o que ocorreu no presente caso: atuação concertada de comitentes, de modo a afetar o processo de formação de preços” (fl. 179).

10.3.2. Tampouco impressionam os argumentos de que: a) “todos os negócios de compra e venda de ações da ‘Rimet Empreendimentos Industriais e Comerciais S.A.’ realizados pelo Atrium FIA foram, em sua grande maioria, efetuados com terceiros participantes do mercado, não havendo qualquer artifício em tais transações...” e b) “é de se ressaltar o fato de que a Atrium FMIA e Atrium Serviços terem realizado somente duas transações com ações da Rimet” (fls. 767/768).

Ocorre que, embora tenha havido outras operações com “terceiros participantes do mercado” e somente duas operações com a Atrium Administração e Serviços Ltda., em termos de valores negociados a principal compradora das ações vendidas pelo Atrium FIA foi, efetivamente, a Atrium Administração e Serviços Ltda. – à exceção de Agripino Bonani Filho, que adquiriu 13.100.000 em condições bastante estranhas, como exposto com vagar adiante. Com efeito, além de Agripino Bonani Filho, que teria adquirido, de uma só vez e em dinheiro, 13.100.000 ações, a Atrium Administração e Serviços Ltda. adquiriu 9.200.000 das ações, ao passo que todos os demais “terceiros participantes do mercado” somados adquiriram somente 7.161.789 (cf. fl. 161).

Mais uma vez remeto à fundamentação exposta pelo relator do processo administrativo sancionador (fl. 180):

Esse estratagema, aliás, fica claro quando se observa que, ainda que as aquisições realizadas pelo Atrium FIA tenham sido efetuadas de terceiros, para o encerramento daquelas posições adotou-se uma estrutura mais complexa, com a venda de títulos para instituições ligadas, de modo a, aparentemente, ‘pautar’ os próprios ‘parâmetros do mercado’, parâmetros que os acusados dizem ter observado. Por esse mesmo motivo, não importa, aqui, o lapso temporal durante o qual Atrium FIA, Atrium Administração e Atrium Participações se abstiveram de efetuar qualquer negociação: as operações da Atrium Administração e da Atrium Participações foram realizadas a valores que não correspondiam ao real preço das ações da Companhia. Tais sociedades, assim como o Atrium FIA, beneficiaram-se, em larga medida, de uma distorção que paulatinamente ajudaram a causar. Tanto assim que, depois, o mercado voltou aos antigos patamares de preço praticados.

10.3.3. Ainda, alega a Defesa que “a alta sofrida pelas ações preferenciais de emissão da Rimet seguiu a tendência de alta do índice Bovespa observado à época dos fatos” (fl. 769).

Não obstante, como já mencionado, as ações da Rimet, em pouco mais de seis meses (junho a dezembro de 2003), chegaram a subir quase 10 (dez) vezes o percentual do Ibovespa (599,3% contra 61,31%); em seguida, quando as empresas do grupo Atrium deixaram de negociar o papel, o valor deste retrocedeu, no final de 2004, a praticamente 0,1 vezes o valor do Ibovespa (10,14% contra 90,74%).

Não há que se falar, assim, que as ações da Rimet teriam apenas seguido a tendência de alta da bolsa de valores. Pelo contrário, tiveram uma trajetória completamente diversa, absolutamente descolada das variações da Bovespa.

10.3.4. Por fim, argumenta a Defesa que não seria possível fundamentar o artificial au-

mento dos preços, visando-se uma irreal capitalização, “se os preços cotados em Bolsa (valor de R\$ 7,00) apresentavam-se abaixo do valor de emissão cotado pela Bovespa, qual seja, o montante de R\$ 13,40 (treze reais e quarenta centavos)” (fls. 769/770).

Ocorre que R\$ 13,40 não foi o “valor de emissão cotado pela Bovespa”. Essa, aliás, é uma expressão que não significa nada, pois não cabe à Bovespa “cotar” valor de emissão. Quem decide o valor de emissão das novas ações da companhia é a Assembleia Geral Extraordinária ou o Conselho de Administração (artigos 14, 166 e 170, § 2º, da Lei das S.A.). No caso concreto, a Assembleia Geral Extraordinária aprovou, apenas em 20.05.2004, o preço de 13,40/mil ações.

Portanto, a comparação feita pela Defesa, entre “preços cotados em Bolsa” e “valor de emissão cotado pela Bovespa”, não faz nenhum sentido.

Aparentemente, porém, o argumento de Defesa estaria ligado à ausência de prejuízo aos acionistas minoritários, na medida em que o valor de emissão das novas ações emitidas foi fixado acima daquele que vinha sendo negociado na Bovespa.

O objetivo da manipulação, porém, não era causar prejuízo econômico imediato aos minoritários, mas aumentar a participação patrimonial dos acionistas controladores, pois, em virtude da manipulação do mercado, criou-se uma falsa aparência de liquidez das ações da Rimet, bem como se elevou sua cotação média de mercado. Com base nessa (falsa) liquidez e nessa (distorcida) cotação média, foi possível fixar um valor mais elevado de emissão das novas ações, que, como já sabido previamente, não seria pago pelos valores minoritários – mas integralizado com créditos já existentes dos controladores contra a companhia.

Explico.

Inicialmente, a empresa MS Cardim foi contratada para elaborar laudo de avaliação econômica da Rimet, com a finalidade de “determinar um valor justo das ações” da companhia.

Conforme se lê do laudo de avaliação econômica elaborado pela MS Cardim – juntado às fls. 197/276 do Apenso I, Volume I –, concluiu-se que o preço médio ponderado das ações preferenciais da Rimet, no período de junho de 2003 a janeiro de 2004, foi de R\$ 8,77 (fls. 265 e 272).

Já aí houve reflexo das manobras fraudulentas. O valor econômico justo para as ações foi fixado pela MS Cardim em R\$ 0,01 – ou seja, R\$ 10,00 (dez reais) por lote de mil ações –, considerando que: a) o valor patrimonial por ação (em 31/12/2003) era negativo; b) as cotações das ações preferenciais podem ser uma boa aproximação do valor das ações ordinárias, apesar destas não terem tido negociação na Bovespa; c) a obtenção do valor justo das ações pelo método do fluxo de caixa descontado (fl. 268).

Para tanto, levou-se em consideração que “as ações preferenciais da Rimet apresentam negociações regulares na BOVESPA” (fl. 267, Apenso I, Volume II).

Mas não foi, ao fim das contas, R\$ 10,00 por lote de mil ações o valor de emissão das novas ações ordinárias. O valor fixado para o preço de emissão das novas ações ordinárias da Rimet foi de R\$ 13,40, ainda superior àquele entendido como justo pela MS Cardim.

Em tese, a fixação do preço em patamar superior seria benéfica aos acionistas minoritários, que não teriam seu patrimônio diluído. Ocorre que tanto o valor indicado pela MS Cardim como aquele efetivamente adotado pela Rimet somente foram obtidos em razão da manipulação de mercado realizada anteriormente. E o valor foi finalmente fixado em patamares tão elevados justamente para que apenas os acionistas controladores adquirissem, através da integralização de créditos já mantidos contra a companhia, as novas ações. E, de fato, foi isso que aconteceu.

Oscar José Horta Filho, acionista da Rimet que inicialmente alertou a CVM sobre os fatos,

afirmou à autarquia supervisora do mercado de valores mobiliários que a fixação do valor de lançamento das ações da companhia para o aumento de seu capital social foi fixado de forma intencionalmente voltada a prejudicar os acionistas minoritários. Asseverou que “o valor de R\$ 13,40 que serviu de base para o lançamento da subscrição é superior ao valor de mercado e o qual teria sido obtido através de manobras na bolsa, e que não representaria os valores que têm sido praticados nos últimos anos na bolsa nas negociações com estes ativos” (fl. 610).

Na Polícia Federal, reiterou acreditar que “houve manipulação de mercado para justificar o aumento do capital da empresa com o lançamento da ação ao valor de R\$ 13,40” (fl. 110).

Em Juízo, reafirmou sua versão. Cito suas palavras (mídia à fl. 592, minuto 04:35 e seguintes):

Isso foi uma manobra para transferir o quinhão dos minoritários só para o controlador. Então os minoritários ficavam praticamente sem nada, virava pó ... Analisando ..., eu olho a bolsa todo dia, eu vejo as ações todo dia. Então, a CVM não podia provar que havia manipulação, mas a manipulação do valor das ações da companhia era evidente. Acompanhando os preços, eles puxaram o valor do papel; quando o papel chegou num valor alto, foi mantido durante um certo tempo, para seguir as regras da CVM, eles lançaram a subscrição. E cada um que tinha uma ação podia subscrever dez e acima do valor do mercado. Então, ninguém subscreve. Como você vai comprar um papel, se pode comprar na bolsa mais barato, você vai pagar mais caro? Ninguém faz. Aí os controladores falaram: não, nós subscrevemos tudo, ficamos donos de tudo, com créditos que nós temos. Então, uma das explicações que me deram é que esses controladores tinham um galpão ou armazém e eles alugavam esse armazém para botar peças e equipamentos da Rimet. Mas isso é lesivo aos minoritários. Então, com o valor desse aluguel que eram valores provavelmente valores estratosféricos, eles se creditavam – um crédito em dinheiro, que era o valor do aluguel – se creditavam junto à Rimet. Então, a Rimet, embora tivesse algum resultado, eles ficavam ... era o prejuízo cada vez maior porque era tudo para pagar o aluguel. Aí os controladores tinham esse valor desse aluguel e com esse valor desse aluguel eles tomavam a posição dos minoritários.

Conforme informado pela Corretora Santander, o preço de emissão das ações foi fixado “em R\$ 13,40 por lote de mil ações, considerando-se para tanto, dentre as alternativas constantes do artigo 170, paragrafo 1º, da Lei nº 6.404/76, aquela contida no inciso III, que leva em conta a cotação das ações da Companhia em Bolsa de Valores, valor que fica acima daquele recomendado pela proposta dos administradores e do Laudo de Avaliação elaborado em 31 de março de 2004, pela empresa especializada MS Cardim & Associados S/C Ltda.” (fl. 112).

De fato, conforme se verifica da Ata da Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária de 20 de maio de 2004, deliberou-se (fl. 23 do Apenso I, Volume I):

7.2.2. Atendendo ao disposto no parágrafo sétimo do art. 170 da Lei nº 6.404/76, aprovar a fixação do preço de emissão das novas ações ordinárias em R\$ 13,40 (treze reais e quarenta centavos), por lote de mil ações, considerando-se para tanto, dentre as alternativas constantes do artigo 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76, aquela contida no inciso III, que leva em conta a cotação das ações da Companhia em Bolsa de Valores, valor que fica acima daquele recomendado pela proposta dos Administradores e do Laudo de Avaliação elaborado em 31 de março de 2004, pela empresa especializada MS Cardim & Associados S/C Ltda., inscrita no Conselho Regional de Economia da 2ª Região, São Paulo – CORECON – sob o nº RE/2327, assinado por seu representante legal Sr. Mário Sérgio Cardim Neto, inscrito no CORECON da 2ª Região, São Paulo, sob o nº 3.941.

Ocorre que essa exposição não atende ao disposto no § 7º do artigo 170 da Lei das S.A., que exige que “a proposta de aumento do capital deverá esclarecer qual o critério adotado, nos termos do § 1º deste artigo, justificando pormenorizadamente os aspectos econômicos que determinaram a sua escolha”. Ou seja, não houve explicação da razão pela qual foi utilizado o valor da cotação em bolsa, ao invés dos outros critérios.

Questionada especificamente sobre esse ponto pela CVM, a Rimet, por intermédio do denunciado Eduardo, afirmou que se chegou ao valor de R\$ 13,40 a partir da cotação média das ações preferenciais nos últimos três meses de negociação (fl. 143 do Apenso I, Volume I).

Destaque-se que, de acordo com o Parecer de Orientação CVM nº 01/1978, somente nos casos de ações com elevado índice de negociabilidade é que se deve adotar o critério do valor da cotação em bolsa para a emissão de novas ações. Fora desses casos, devem ser utilizados os demais parâmetros (valor patrimonial e perspectivas de rentabilidade). No caso da Rimet, conforme análise da CVM, “as ações preferenciais da RIMET apresentam reduzido índice de negociabilidade, enquanto as ações ordinárias não são negociadas na Bovespa, como comentado no Relatório de Análise da SMI (letra ‘b’, § 8º)” (fl. 09, Apenso I, Volume I).

Está aí demonstrada a explicação das razões da manipulação do mercado. O objetivo das negociações era conseguir (a) uma aparência de liquidez (elevação do índice de negociabilidade) das ações preferenciais da Rimet e (b) uma elevação da sua cotação média, para, com isso, (c) utilizar o parâmetro da cotação das ações em bolsa para fixar o preço de emissão das novas ações ordinárias. Fixado o preço em patamar superior àquele que seria o seu valor justo, praticamente nenhum acionista minoritário se dispôs a adquiri-las: os controladores subscreveram 99,98% das ações (cf. fl. 15 dos autos) e integralizaram o valor das ações com créditos já existentes, no valor de mais de R\$ 78 milhões contra a companhia (fl. 23 do Apenso I, Volume I).

10.3.6. Por fim, alega a Defesa ausência de prejuízo aos acionistas minoritários.

Esse argumento não convence por duas razões.

A primeira já foi mencionada: os acionistas minoritários tiveram, sim, prejuízo – não pela perda de valor econômico de suas ações, mas pelo aumento da participação dos controladores, em razão das manobras realizadas.

A segunda delas consiste na circunstância de ser irrelevante que a CVM não tenha reconhecido a ocorrência de prejuízos aos acionistas minoritários da Rimet, já que isso não é pertinente para a caracterização do delito de manipulação de mercado. Tanto assim que, em âmbito administrativo, a própria CVM reconheceu, a despeito de concluir pela inexistência de prejuízos, a manipulação de mercado. A propósito, destaco, do voto do relator do processo administrativo sancionador, o trecho em que aponta que “a caracterização da manipulação de mercado, não depende, *prima facie*, da identificação de prejuízos causados a terceiros, bastando que se identifiquem os efeitos, sobre os preços de mercado, dos ‘processos’ ou ‘artifícios’ adotados pelo agente. Aqui, aquele efeito econômico se produziu a partir da realização de uma série de operações, em que se interpuseram comitentes relacionados entre si e que, em alguns casos, nem mesmo operavam naquele mercado. Uma vez atingido o fim almejado, a saber, o encerramento da posição existente, cessaram as operações de todos os agentes envolvidos” (fl. 179).

Na esfera penal, de igual modo, o crime é formal, consumando-se independentemente da obtenção de qualquer resultado naturalístico pretendido (alteração artificial do mercado ou vantagem indevida ou dano a terceiro). Basta que sejam realizadas as operações simuladas ou fraudulentas, não se exigindo sequer que efetivamente ocorra – mas, neste caso concreto, isto ocorreu – a alteração das condições de formação de preço das ações.

10.3.7. Ainda, argumenta a Defesa que não haveria relação entre as empresas do grupo Atrium e os diretores da Rimet.

Ocorre que, como bem ressaltado pelo Relator do processo administrativo sancionador, “a caracterização das figuras delituosas nas quais a acusação se baseia envolve estratégias outras, que independem de relações diretas com a Companhia ou com seus administradores ou controladores. No caso, se está tratando de condutas negociais reiteradas, praticadas em mercado, as quais, por si, produzem efeitos sobre o processo de formação de preços” (fl. 178). Essas conclusões são válidas também para o âmbito penal.

De todo modo, tudo indica que houve, sim, uma atuação conjunta entre as empresas do grupo Atrium e os diretores da Rimet. Para tanto, os denunciados se valeram tanto de empresas do grupo Atrium, como de Agripino Bonani Filho.

Além de haver operações injustificadas entre empresas do próprio grupo Atrium, praticamente todas as ações compradas pelas empresas do grupo Atrium foram vendidas, ao fim e ao cabo, para Agripino Bonani Filho. Trata-se de cliente da própria Atrium CCTVM.

Ainda que o próprio Agripino Bonani Filho tenha afirmado que não se sentiu lesado pelas práticas, há vários elementos que apontam para a conclusão de que, em verdade, tal pessoa estava mancomunada com os denunciados para a realização das operações. Tudo indica que também as operações com Agripino Bonani Filho foram pré-ajustadas.

Em primeiro lugar, Agripino Bonani Filho adquiriu mais de 5% (em verdade, o total de 14,10% – cf. fl. 129, Apenso I, Volume I) das ações preferenciais da Rimet – tanto assim que foi multado pela CVM, já que, ao adquirir esse montante de ações e decidir não integrar o Conselho Fiscal, deveria ter informado esse fato ao mercado em jornal de grande circulação.

Ora, é no mínimo notável que alguém que não conhecia efetivamente a companhia – cujas ações tinham pouquíssima liquidez – adquirisse tantas ações de uma só vez.

Em segundo lugar, o valor de aquisição das ações, que montou a mais de R\$ 180 mil, teria sido pago em dinheiro (fl. 1119 do Apenso I, Volume VI).

Mas há controvérsia a respeito disso. A CVM apontou que o extrato de conta corrente de Agripino Bonani Filho na Atrium CCTVM indicava que o valor utilizado para a aquisição seria oriundo de transferência bancária (fl. 39).

Em Juízo, ele próprio disse que teria feito uma transferência bancária de sua conta corrente para a corretora para adquirir as ações, para, logo a seguir, reformular essa afirmação e asseverar que foi realizada em dinheiro (mídia à fl. 592, minuto 03:55 e seguintes).

Essa incerteza sobre a forma como foi paga a aquisição também causa espécie. O fato de supostamente ter sido paga em dinheiro pode ser uma maneira de impedir que se verificasse que, na verdade, não foi realizada nenhuma transferência bancária por parte de Agripino Bonani Filho. Até porque é muito heterodoxo o pagamento de quantia tão elevada em dinheiro, ao invés de se valer de dinheiro transferido para a conta mantida na corretora.

Em terceiro lugar, conforme apurou a CVM, Agripino Bonani Filho não tinha condições econômicas para realizar as aquisições em nome próprio.

Cito o trecho pertinente da apuração da CVM (fl. 129, Apenso I, Volume I):

Analizando a ficha cadastral do sr. Agripino Bonani Filho, de fls. 88 a 93, perito criminal do Estado de São Paulo, deduz-se que sua declaração de renda e patrimônio é incompatível com suas operações com RIMET. Com efeito, ele declarou que possui salário de R\$ 3.000,00 e outros rendimentos de R\$ 7.000,00 com outros bens imóveis de valor R\$ 400.000,00. Seu

limite operacional conforme consta em sua ficha cadastral está fixado em R\$ 150.000,00. Entretanto, o cliente da Atrium movimentou só em ações preferenciais da RIMET cerca de 174.000,00. Em todo período analisado, o investidor apenas operou no dia 22.01.04 quando adquiriu 15.800.000 ações em operação direta com a Corretora Atrium (por conta dos clientes Atrium FITVM e Atrium Administração e Serviços Ltda.). As ações adquiridas representam 14,10% das ações preferenciais e a operação deveria ser informada a esta CVM conforme determina o artigo 12 da Instrução CVM nº 358 (fls. 94). Detectamos outras operações do sr. Agripino (fls. 96 a 114) com diversos outros papéis e que reforçam a afirmação anterior de que o investidor operou valores acima de seu limite operacional fixado pela corretora e ao declarado em sua ficha cadastral (fls. 90).

Em quarto lugar, Agripino Bonani Filho “coincidentemente” contratou os mesmos advogados que os denunciados para representá-lo na Polícia Federal, em fase inquérito (fls. 129/133). São, aliás, os mesmos advogados que representaram na ação penal o denunciado Eduardo, representante da Rimet, que, segundo alegam os denunciados, sequer se conheciam antes da ação penal (fls. 307/309).

Ao ser questionado em Juízo especificamente sobre o fato de ter sido representado na Polícia Federal pelos mesmos advogados dos réus, ficou bastante inseguro e procurou apoio na advogada dos réus. Inicialmente, afirmou que havia “uma pessoa lá no escritório” e perguntou à advogada se era o sr. “Humberto de Moraes”. Depois, disse que Humberto de Moraes seria seu “amigo pessoal” (mídia à fl. 592, minuto 09: 05 e seguintes).

Chamou muita atenção o fato de que ele tenha procurado confirmar com a advogada o nome de seu suposto “amigo pessoal”.

A representação pelos mesmos advogados de todas essas pessoas é bastante peculiar, especialmente quando se considera que, segundo alegam os denunciados, eles não tinham relação alguma com Eduardo.

Em quinto lugar, Agripino Bonani Filho foi indicado pela Atrium Administração, ao responder a questionário da CVM, como “cliente novo da Atrium C.C.T.V.M. naquela ocasião” (fl. 1128 do Apenso I, Volume VI). Significa dizer que ele acabara de contratar a Atrium e já sofrera, imediatamente, um prejuízo enorme em razão da aquisição de ações por meio dessa corretora.

Na Polícia Federal, afirmou que “MÁRIO SERGIO sugeriu, entre outras ações, ações da RIMET para aquisição; QUE asseverou que poderia ser um bom negócio, pois este papel, em um espaço maior de tempo, poderia ter uma boa rentabilidade” (fl. 210).

Ademais, ao responder ao questionário da CVM, ele havia asseverado: “Naquela época – 2003 e 2004 –, certamente não me ative a estratégias e fundamentos econômicos para realizar o investimento. Aceitei a sugestão da Atrium Corretora, pela credibilidade que possui, e autorizei a execução das operações” (fl. 1118, Apenso I, Volume VI).

Essa versão foi alterada em Juízo, quando Agripino disse que essa opção “foi apresentada” e ele “fez um estudo das ações” (mídia à fl. 592, minuto 02:45 e seguintes).

Ao ser questionado sobre quais os fundamentos econômicos que o levaram à aquisição das ações, afirmou que ela teria aumento de capital e que, assim, haveria um volume maior de ações no mercado. Afirmou ter lido estudos de corretoras e o jornal Valor Econômico (mídia à fl. 592, minuto 06:00 e seguintes). Ouvindo o depoimento de Agripino, tudo indica, pela falta de segurança em suas afirmações, que não fez estudo algum sobre os fundamentos econômicos da operação.

Vê-se, pois, que ou Agripino Bonani Filho prestou informação falsa à CVM e mentiu na Polícia Federal ou mentiu em Juízo.

Assim, a mudança de versões sobre quem indicou a aquisição das ações e a falta de segurança na resposta sobre os fundamentos econômicos da operação são mais indícios de que, em verdade, ele apenas emprestou o seu nome para ocupar formalmente a posição de comprador das ações, a fim de viabilizar a manipulação das condições de demanda e preço dos papéis.

Em sexto lugar, ele foi condenado pela CVM a pagar uma multa de cerca de R\$ 18.000,00 por ter comprado mais de 5% das ações da Rimet e não pretender participar do Conselho Fiscal, sem ter anunciado fato relevante ao mercado (fls. 210/211). Ou seja, além de ter adquirido as ações da Rimet, por indicação da Atrium CCTVM, de empresas ligadas à própria Atrium CCTVM, e tido grande prejuízo com essa aquisição, ele, ainda por cima, foi condenado a pagar uma multa de R\$ 18.000,00 à CVM.

E, mesmo assim, ele considera que a Atrium CCTVM agiu corretamente com ele.

Diante desses indícios, examinados em conjunto, entendo claramente demonstrado que Agripino Bonani Filho esconde sua verdadeira relação com a Atrium.

Tudo indica que essas operações tenham sido efetivamente realizadas com a finalidade de, após simular uma falsa existência de liquidez e elevar artificialmente os preços de negociação das ações da Rimet, oferecer subsídios para justificar um valor de emissão mais alto das novas ações a serem emitidas pela companhia.

10.3.7. Por fim, em seu interrogatório, Marco Antônio alega, ainda, que 80% dos cotistas do Atrium FMIA eram terceiros. Esse dado, porém, é absolutamente irrelevante para a caracterização da manipulação de mercado, que se consuma independentemente de quem sejam os beneficiários das manobras.

11. Examinando, a seguir, a *autoria*.

Inicialmente, em correspondência encaminhada à CVM, Agripino Bonani Filho afirmou que foi o denunciado Mário Sérgio quem lhe assessorou na realização das operações com ações da Rimet (fl. 1118 do Apenso I, Volume VI).

A Atrium Administração, ao responder questionamentos semelhantes da CVM, também afirmou que o assessor responsável pela aquisição das ações da Rimet foi o denunciado Mário Sérgio (fl. 1128 do Apenso I, Volume VI). O próprio Marco Antônio, ao responder esse questionamento em nome próprio e em nome da Atrium CCTVM, afirmou terem sido ele e o denunciado Mário Sérgio os responsáveis por sugerir as operações (fls. 1141 e 1143 do Apenso I, Volume VI, e fls. 1179 e 1182 do Apenso I, Volume VII).

No interrogatório, o réu Marco Antônio disse que era um dos dois sócios da Atrium CCTVM. Além disso, exercia função no campo técnico e societário da empresa, na área de ações. Asseverou que, a partir do momento que era escolhido um ativo a ser adquirido, ele verificava a situação da companhia, visitava a empresa, examinava balanços, falava com os diretores etc.

Já no Atrium FMIA, Marco Antônio, segundo sua versão, exerceria o cargo apenas por “conveniência administrativa”. Porém, o próprio denunciado Mário Sérgio afirmou, ao ser questionado sobre quem decidia sobre a aquisição de ações que, “se fosse do fundo era o gestor do fundo que era o Marco Fiori, ele tinha a gestão do fundo” (mídia à fl. 694, minuto 08:17 e seguintes).

No caso da Atrium Participações, a aquisição das ações era decidida, segundo Mário Sérgio, por ele e por Antonio Fraga (mídia à fl. 694, minuto 08:17 e seguintes).

Em seu interrogatório, Marco Antônio afirmou que ele e Mário Sérgio faziam a pesquisa

sobre quais ativos seriam objeto de investimento. A partir dessa pesquisa, apresentavam as ações aos clientes (mídia à fl. 694, minuto 09:43 e seguintes).

Segundo Marco Antônio, o denunciado Mário Sérgio era o responsável pela renda variável na Atrium CCTVM. Também afirmou que o responsável pela parte operacional era o denunciado Mário Sérgio (mídia à fl. 694, minuto 23:48 e seguintes). O próprio Mário Sérgio disse que era gerente de operações da Atrium CCTVM, esclarecendo que fazia a prospecção de investimento em ações, operava a intermediação dessas ações e expunha a clientes as informações respectivas (mídia à fl. 694, minuto 01:20 e seguintes).

Como se vê, pois, os denunciados Marco Antônio – à frente do Atrium FMIA, da Atrium Participações e da Atrium CCTVM – e Mário Sergio – por meio da Atrium CCTVM, da Atrium Administração e da Atrium Participações – participavam, direta ou indiretamente, das operações com ações realizadas pelas empresas do grupo Atrium e foram os responsáveis efetivos pelas operações aqui tidas como caracterizadoras da manipulação do mercado.

12. Quanto ao *elemento subjetivo* do tipo, consiste, além do dolo na realização das operações, (a) na finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados, (b) no fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem ou (c) no fim de causar dano a terceiros.

No caso concreto, conforme já exposto, restou caracterizada a finalidade de (a) alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de capitais. É o que basta para a demonstração do elemento subjetivo específico.

De todo modo, conforme também já exposto, as manobras também tiveram o objetivo de (b.1) gerar vantagem indevida para os controladores da Rimet, (b.2) lucro para as empresas do grupo Atrium e para os quotistas do Atrium FMIA e (c) indiretamente, diminuir a participação dos acionistas minoritários da Rimet.

Dosimetria das Penas

13. Da análise de toda a documentação que acompanha a denúncia, bem como dos demais documentos carreados aos autos e dos depoimentos colhidos em Juízo, tenho por robustamente caracterizada a prática do delito de manipulação do mercado de valores mobiliários (artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976) por parte dos denunciados Marco Antônio e Mário Sérgio.

Passo à dosimetria das penas.

14. Início pelo réu *Marco Antônio Fiori*.

O acusado é primário, não registrando *antecedentes* criminais. Não foram comprovados fatos que desabonem a sua *conduta social*. Não foram trazidos aos autos elementos para que se possa aferir sua *personalidade*. O *motivo* da prática do crime foi o de permitir uma fixação de preço de emissão de ações em valor mais elevado, favorecendo os controladores da Rimet, além de obtenção de lucro para as empresas do grupo Atrium, motivos que integram o elemento subjetivo especial do delito, de modo que não podem ser especialmente reprovados.

As *consequências* do crime devem ser consideradas negativamente. Isso porque o delito de manipulação de mercado é formal, não exigindo a efetiva obtenção dos resultados almejados. Se esse, porém, ocorre, tem-se configurado o exaurimento do delito, sendo devida a exasperação da pena, quanto à vertente “consequências do crime”. Nesse sentido, conforme já decidiu o STJ, “Tendo o réu sido condenado pela prática de crime formal, verificado o seu exaurimento pela ocorrência do resultado, tal fato pode ser utilizado como fundamento idôneo para exasperar a pena-base na apreciação das consequências do delito” (HC 41.466/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 16.06.2005, DJ 10.10.2005, p. 402).

Nesse sentido, se a manipulação permitiu, de fato, a fixação de preço de emissão de ações em valor mais elevado, favorecendo os controladores da Rimet, de forma que devem ser as consequências valoradas negativamente.

Também as *circunstâncias* devem ser consideradas negativamente, na medida em que os acusados se valeram de um “laranja” – Agripino Bonani Filho – para a realização das operações.

A *culpabilidade* dos réus deve ser considerada normal à espécie.

Nada a ser considerado quanto ao *comportamento da vítima*.

Com esses contornos, sendo a pena cominada abstratamente entre 1 (um) e 8 (oito) anos de reclusão, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes, razão pela qual remanesce a pena provisória em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Não estão presentes causas de aumento ou diminuição, de modo que fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, o artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976 veicula uma regra especial, estabelecendo que a pena de multa será “de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”.

Interpreto esse dispositivo da seguinte forma: a pena mínima de multa a ser aplicada é de 1 (uma) vez o montante da vantagem ilícita. O aumento, em até 3 (três) vezes, será aplicado de forma proporcional à fixação da pena privativa de liberdade.

No caso concreto, o Atrium FMIA teve um ganho de R\$ 284.726,55 com as operações (fl. 37). Já a Atrium Participações teve um ganho de R\$ 1.643,00. Não obstante, consideradas as perdas incorridas pela Atrium Participações, no valor de R\$ 28.849,00, o total da vantagem indevida gerada foi de R\$ 257.421,55.

Realizado o aumento proporcional à continuidade delitiva, a *pena de multa* resta fixada definitivamente em R\$ 343.228,73 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos).

15. Possível a *substituição da pena* privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

A *prestação de serviços à comunidade* é a modalidade que melhor atinge as finalidades da substituição, porquanto afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço em favor de entidade que atua em benefício do interesse público.

Assim, tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, além de ser executada de maneira socialmente útil. Ainda, tem eficácia preventiva especial e retributiva, pois seu efetivo cumprimento reduz os índices de reincidência.

Especificamente no caso da manipulação de mercado, por se tratar de um crime somente praticado nos estratos mais elevados da sociedade, marcado pela ganância, reputo que o ideal, para o fim de prevenção especial, é que o cumprimento da pena se realize num ambiente que permita o convívio com as classes menos favorecidas.

Já a *proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício* que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (CP, artigo 47, inciso II), deve ser aplicada sempre que o crime seja cometido com violação dos deveres que lhes são inerentes (CP, artigo 56).

É justamente o caso, porquanto a prática da manipulação de mercado pressupõe a vio-

lação de deveres inerentes à atuação no âmbito do mercado de capitais (Instrução CVM nº 306/1999, artigo 14, inciso II).

Diante disso, determino a proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

16. Portanto, *substituo a pena privativa de liberdade* pelas penas de: a) prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, devendo ser observadas as aptidões dos condenados (CP, artigo 46, § 3º); e b) proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

Prejudicada a análise da possibilidade de suspensão condicional do cumprimento da pena (*sursis*), à luz do disposto no art. 77, *caput*, do Código Penal.

Em caso de reversão da substituição, a pena privativa de liberdade será cumprida desde o início no *regime aberto*, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

17. Passo à dosimetria da pena do réu *Mário Sérgio Nunes da Costa*.

O acusado é primário, não registrando *antecedentes* criminais. Não foram comprovados fatos que desabonem a sua *conduta social*. Não foram trazidos aos autos elementos para que se possa aferir sua *personalidade*. O *motivo* da prática do crime foi o de permitir uma fixação de preço de emissão de ações em valor mais elevado, favorecendo os controladores da Rimet, além de obtenção de lucro para as empresas do grupo Atrium, motivos que integram o elemento subjetivo especial do delito, de modo que não podem ser especialmente reprovados.

As *consequências* do crime devem ser consideradas negativamente. Isso porque o delito de manipulação de mercado é formal, não exigindo a efetiva obtenção dos resultados almejados. Se esse, porém, ocorre, tem-se configurado o exaurimento do delito, sendo devida a exasperação da pena, quanto à vertente “consequências do crime”. Nesse sentido, conforme já decidiu o STJ, “Tendo o réu sido condenado pela prática de crime formal, verificado o seu exaurimento pela ocorrência do resultado, tal fato pode ser utilizado como fundamento idôneo para exasperar a pena-base na apreciação das consequências do delito” (HC 41.466/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 16.06.2005, DJ 10.10.2005, p. 402).

Nesse sentido, se a manipulação permitiu, de fato, a fixação de preço de emissão de ações em valor mais elevado, favorecendo os controladores da Rimet, de forma que devem ser as consequências valoradas negativamente.

Também as *circunstâncias* devem ser consideradas negativamente, na medida em que os acusados se valeram de um “laranja” – Agripino Bonani Filho – para a realização das operações.

A *culpabilidade* dos réus deve ser considerada normal à espécie.

Nada a ser considerado quanto ao *comportamento da vítima*.

Com esses contornos, sendo a pena cominada abstratamente entre 1 (um) e 8 (oito) anos de reclusão, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes, razão pela qual remanesce a pena provisória em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Não estão presentes causas de aumento ou diminuição, de modo que fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, o artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976 veicula uma regra especial, estabelecendo que a pena de multa será “de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”.

Interpreto esse dispositivo da seguinte forma: a pena mínima de multa a ser aplicada é de 1 (uma) vez o montante da vantagem ilícita. O aumento, em até 3 (três) vezes, será aplicado de forma proporcional à fixação da pena privativa de liberdade.

No caso concreto, o Atrium FMIA teve um ganho de R\$ 284.726,55 com as operações (fl. 37). Já a Atrium Participações teve um ganho de R\$ 1.643,00. Não obstante, consideradas as perdas incorridas pela Atrium Participações, no valor de R\$ 28.849,00, o total da vantagem indevida gerada foi de R\$ 257.421,55.

Realizado o aumento proporcional à continuidade delitiva, a *pena de multa* resta fixada definitivamente em R\$ 343.228,73 (*trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos*).

18. Possível a *substituição da pena* privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

A *prestação de serviços à comunidade* é a modalidade que melhor atinge as finalidades da substituição, porquanto afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço em favor de entidade que atua em benefício do interesse público.

Assim, tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, além de ser executada de maneira socialmente útil. Ainda, tem eficácia preventiva especial e retributiva, pois seu efetivo cumprimento reduz os índices de reincidência.

Especificamente no caso da manipulação de mercado, por se tratar de um crime somente praticado nos estratos mais elevados da sociedade, marcado pela ganância, reputo que o ideal, para o fim de prevenção especial, é que o cumprimento da pena se realize num ambiente que permita o convívio com as classes menos favorecidas.

Já a *proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício* que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (CP, artigo 47, inciso II), deve ser aplicada sempre que o crime seja cometido com violação dos deveres que lhes são inerentes (CP, artigo 56).

É justamente o caso, porquanto a prática da manipulação de mercado pressupõe a violação de deveres inerentes à atuação no âmbito do mercado de capitais (Instrução CVM nº 306/1999, artigo 14, inciso II).

Diante disso, determino a proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

19. Portanto, *substituo a pena privativa de liberdade* pelas penas de: a) prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, devendo ser observadas as aptidões dos condenados (CP, artigo 46, §3º); e b) proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

Prejudicada a análise da possibilidade de suspensão condicional do cumprimento da pena (*sursis*), à luz do disposto no art. 77, *caput*, do Código Penal.

Em caso de reversão da substituição, a pena privativa de liberdade será cumprida desde o início no *regime aberto*, nos termos do art. 33, §2º, c, do Código Penal.

DISPOSITIVO

20. Ante o exposto, *julgo procedente a pretensão punitiva* deduzida na denúncia, com o fim de:

I) *condenar Marco Antônio Fiori*, brasileiro, casado, administrador de empresas (consultor financeiro), portador do CPF nº 845.490.338-00 e do RG nº 9110219/SSP-SP, pela prática do delito tipificado no artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976: a) à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto; e b) à pena de multa no valor de R\$ 343.228,73 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos).

Substituo a pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos de: a) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, devendo ser observadas as aptidões do condenado (CP, artigo 46, §3º), bem como a natureza do delito; e b) proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

II) *condenar Mário Sérgio Nunes da Costa*, brasileiro, separado, portador do CPF nº 574.719.168-34 e do RG nº 7273104/SSP-SP, pela prática do delito tipificado no artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976: a) à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto; e b) à pena de multa no valor de R\$ 343.228,73 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos).

Substituo a pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos de: a) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, devendo ser observadas as aptidões do condenado (CP, artigo 46, §3º), bem como a natureza do delito; e b) proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

21. Custas pelos condenados (CPP, artigo 804).

Transitada esta sentença condenatória em julgado, lancem-se os nomes dos acusados no rol dos culpados. Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral – TRE, para os efeitos do art. 15, III, da Constituição Federal.

22. Aos réus fica assegurado o direito de *apelar em liberdade*, porquanto não se faz presente nenhuma das hipóteses de decretação da prisão preventiva previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

23. Formem-se autos apartados em relação ao acusado Eduardo Mastandrea Junior, a fim de acompanhamento do cumprimento das condições de suspensão do processo, distribuindo-se por dependência à presente ação penal.

Remetam-se ao SEDI para as anotações pertinentes, inclusive para a exclusão do nome do acusado Eduardo Mastandrea Junior do pólo passivo deste feito.

23. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Paulo, 16 de junho de 2014.

Juiz Federal Substituto MARCELO COSTENARO CAVALI

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0007491-94.2013.4.03.6301

Autor: ALBANITA SANTOS MOURA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/04/2014

Vistos em sentença.

Trata-se de ação proposta por *Albanita Santos Moura*, qualificada nos autos, em face do INSS, objetivando a obtenção de benefício previdenciário de *pensão por morte presumida*, decorrente do desaparecimento de seu marido, Matias Carvalho Moura.

Relatório dispensado (artigo 38 da Lei nº 9.099/95).

Fundamento e decido.

Preliminarmente.

Não foi apontada prevenção.

A competência para processar e julgar o presente é deste Juizado Especial Federal:

STJ - CC 22.684 - Rel. NILSON NAVES - SEGUNDA SEÇÃO - DJ 18/12/1998, p. 284, v.u.

Morte presumida. Ausência. Declaração que se postula, para fins de pensão provisória (benefício previdenciário, a teor da Lei nº 8.213/91). Em caso tal, a competência é federal. Precedentes do STJ. Conflito conhecido e declarada a competência do suscitante.

Desnecessária a citação do ausente, consoante já decidido:

3. No que concerne à alegada necessidade de citação do ausente, não tem razão o Apelante, pois se trata de mera declaração de ausência para fins previdenciários, não se confundindo com a declaração de ausência de que trata o art. 1.161 do CPC.

TRF2, AC 344.831, Rel. Des. Fed. ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU 22/11/2006, p. 81, v.u.

Quanto à instrução do feito, noto que dois dentre os vários ofícios expedidos não foram respondidos, todavia, diante do quadro probatório, fartamente instruído, inclusive, por iniciativa do Juízo, tenho seja desnecessário reiterar as requisições.

No que tange aos endereços que podem ter sido de Matias em algum momento da sua vida, é dispensável diligenciar em tais locais, igualmente, diante do conjunto probatório e por não haver pedido do INSS nesse sentido.

Mérito

O pedido foi indeferido administrativamente, sob alegação da falta da certidão de óbito.

Resumo dos documentos constantes dos autos:

-12/02/1967 -nascimento da autora.

-01/02/1959 - nascimento de Matias.

-06/03/1980 - dispensa de corporação emitida pelo Ministério do Exército, em nome de Matias.

-20/01/1983 - casamento de Albanita e Matias, em Itainópolis/PI.

-01/05/1984 - nascimento de Maurício, filho de Albanita e Matias, em Picos/PI.

-18/09/1986 - emissão do título de eleitor de Matias, em Picos/PI.

-22/04/1987 - nascimento de Solange, filha de Albanita e Matias, em Picos/PI.

-29/4/90 -carta de Matias para Albanita.

-15/5/90 -carta de Matias para Albanita.

-11/6/90 -carta de Matias para Albanita.

-11/08/90 -carta de Matias para Albanita.

-23/06/1991 -carta de Albanita para Matias, da qual consta:

Esta é somente para repetir as nossas passadas e ao mesmo tempo lhe pedir que você me mande algumas coisas pois *eu estou sem condições financeiras* (...). Sim, Matias eu quero saber se você não tem dó de ver seus filhos ser criados sem conhecer o pai(...). Eu quero saber também *se você não me quer mais*. Se você não me quiser mais mande me dizer pois eu vou tentar te esquecer já que eu não consigo, pois assim mesmo eu ainda te amo. Você me fazendo uma ingratidão tão grande. (...) - f. 45 do arquivo provas.

-51-71-92 (1992) -carta de Matias para Albanita. Letra parcialmente legível. Declara amor à autora.

-25/07/1992 -carta de João Carvalho Moura para Albanita, a quem qualifica como cunhada. Na carta, João fala sobre uma pessoa presa, mas não diz o nome.

-03/10/1992 - justificação eleitoral, em nome de Matias.

-08/10/1992 -envelope de carta de Matias para Albanita. Consta como seu endereço local situado em Osasco.

-21/09/1993 - justificação eleitoral, em nome de Matias.

-maio/1997 - hollerith de Matias, emitido pela empresa CGN.

-06/06/1997 - término do vínculo de trabalho de Matias com CGN Construtora (f. 29 provas). Carta comunicando rescisão do contrato de trabalho (f. 36).

-04/10/1999 - carta de Matias para Albanita.

-17/07/2007 - lavrado Boletim de Ocorrência noticiando o desaparecimento de Matias. Declarante: Solange. Consta do documento que estava desaparecido há oito anos.

-20/01/2011 - vencimento de conta em nome de Albanita, na rua José Menino nº 695, Cotia/SP.

-16/08/2012 - vencimento de conta em nome de Solange, na rua Mauro Rábano nº 30, SP/SP.

-n/c - duas fotos

Documentos juntados aos autos por iniciativa do Juízo:

-comprovante de situação cadastral junto à Secretaria da Receita Federal, do qual consta que o CPF em nome de Matias tem situação cadastral “suspensa”.

-CNIS: último vínculo empregatício cessado em 06/06/1997.

-certidão do Distribuidor da Justiça Federal e do TRF 3ª Região: nada consta em nome de Matias.

-informação do TRE: eleitor não encontrado. Idem resposta juntada em 09/08/2013.

-informação do MIDAS (Módulo de impressão de declarações assinadas, da Receita Federal): não consta declaração entregue em 2005.

-Bacen: não encontrou registros.

-Receita Federal da 8ª Região: não há declarações de renda e não há alteração de endereço, desde a inscrição, em 1991. Consta endereço na Rua Santa Maria Madalena nº 93, cs 03. SP/SP.

- SERASA: informa endereço na Rua Santa Maria Madalena nº 93, cs 03. SP/SP.

- SPC: nada consta.

- Telesp/Telefônica: nada consta.

- Claro: não consta cadastro.

- IIRGD: consta endereço na Rua Eloísa Pamplona nº 18, São Caetano do Sul. Consta um apontamento criminal. Data do fato: 24/01/1982. Consta mandado de prisão cumprido em 23/03/1992.

- Serviço Funerário: não houve resposta.

- Distribuidor Justiça do Estado Cível: nada consta.

- Distribuidor Justiça do Estado Criminal: consta apontamento criminal, na 1ª Vara Criminal em Santana. Inquérito policial autuado em 1982.

- Distribuidor Justiça do Estado em São Caetano do Sul: nada consta.

- CEF: últimos saques de FGTS em 1994 e 1997.

- Serviço Funerário em São Caetano do Sul: resposta negativa, consoante arquivo juntado em 16/07/2013.

- IML: não houve resposta

- DHPP: nada constou sobre sua localização. Em complemento juntado em 12/08/2013, consta identificação datiloscópica de Matias, colhida em 24/01/1982. Consta autuação pelo artigo 121 c. c. 12, II, e 51 do CP (artigos anteriores à reformado Código Penal em 1984). Consta endereço residencial na Rua Paranaubis nº 134, V l Califórnia, e do trabalho, rua Conceição nº 321, em São Caetano do Sul. Consta ter sido concedida liberdade provisória. Infoseg: registra o endereço Rua Santa Maria Madalena nº 93, cs 03. SP/SP. Nada consta no DETRAN.

- Registros Públicos da Capital: nada consta.

Resumo da prova oral:

Albanita - tenho 47 anos, nasci na cidade de Itainópolis/PI. Estudei até 5ª série. Comecei a trabalhar com 09 anos, na roça. Eu me casei com 15 anos, com Matias Carvalho Moura, em 1983. Trabalho até hoje, como empregada doméstica. Não sou aposentada. Não recebo benefício assistencial. Não tenho registro em CTPS. Trabalho como faxineira. Tenho dois filhos, cujos nomes e idades são: Maurício (29 anos) e Solange (26 anos). Não tenho filhos portadores de

necessidades especiais. Meu marido trabalhava na roça, quando o conheci. Depois ele veio para SP e trabalhava como pintor. No Piauí, morávamos em Várzea Grande, Itainópolis/PI. Morei com ele em Malhadas, Picos/PI. *Em 1990, ele veio para SP, para trabalhar, angariar recursos para a gente sobreviver melhor.* Quando ele veio para SP eu trabalhava na roça. *Nunca mais ele voltou. Não vim para SP. Ele não me visitava. Eu tinha contato com ele por cartas.* Ele não tinha telefone aqui. Quando ele veio, começou a residir em São Caetano do Sul. *Ele mandou dinheiro três vezes, ele mandava pelos Correios. Os valores foram 30, 40 e 7 cruzeiros. Naquela época era pouco.* Ele só morou em São Caetano do Sul, que eu sabia. *Eu achava que continuava casada com ele, no meu pensamento, no meu respeito, que eu tinha por ele. Nunca me separei judicialmente, nem divorciei, nem estava separada de fato. Eu considerava que o casamento ainda existia.* Eu vivia da roça, de diária. Eu trabalhava na propriedade do meu pai, trabalhávamos eu e meus dois filhinhos pequenos. A colheita era para o consumo de casa. Não trocava excedente com vizinhos. A propriedade ficou com os herdeiros, está conosco, somos oito filhos. Meus filhos são do relacionamento com meu marido. Nós nos conhecemos desde criança. Iniciamos o relacionamento e casamos em três meses, de imediato. Começamos a morar juntos na casa dos pais dele. *Nunca visitei a casa dele em São Caetano do Sul. Não sei se ele constituiu outra família aqui.* Com o dinheiro que ele mandou eu comprei material escolar para as crianças e comida. O último contato que eu tive com ele... não me lembro quando foi. Não me lembro quando recebi a última carta dele. Os pais dele tinham uma propriedade. O pai dele é vivo. Meu marido não deixou bens no Piauí, nem em SP, que eu saiba. Ele tem quatro irmãos, que são vivos. *Ele desapareceu em 2000. Pelo que me lembro, uma mulher levou os documentos dele e uma mala com as roupas dele. Não sei como ela tinha essas coisas.* Ela deixou RG, CPF, carteira de trabalho. Não sei o nome dela. Ela levou para a família dele. A família dele, acho, que conhece essa moça. Não sei se ela vivia com ele. *Depois a gente veio para SP procurar saber algo mais sobre ele, vim em 2002.* Não achei notícias, fui ao IML, Delegacias. Fui procurar por São Caetano, onde ele morava, fui atrás dele. Ele não tinha familiares aqui. Não sei quem tinha vínculo com ele. Não fui em empresa onde ele tenha trabalhado para saber algo sobre ele. *Quando ele desapareceu eu me considerava casada com ele.* Ele não deu notícia de seu paradeiro, não disse para onde ia. Ele não deixou representante ou procurador para cuidar de suas coisas. Ele não tinha problemas mentais. Ele bebia, cerveja, mas isso não atrapalhava o trabalho dele. Não tenho conhecimento de ele ter-se envolvido em um homicídio, se ele matou alguém. Nunca mais tive notícias dele. Minha reação foi esperar, que a família dele o procurasse, mas a família não veio para procurá-lo. Não tenho a certidão de óbito. Não entrei com ação civil para declarar a ausência, só entrei aqui. Ele não deixou outros filhos. *Não tive outro relacionamento, não tenho outro companheiro, nem me casei de novo. Não tive outros filhos.* Maurício Santos Moura é meu filho, não veio hoje. Solange Santos Moura é minha filha, ela veio hoje. Não trouxe mais testemunhas, só minha filha. Nada mais. Prejudicadas perguntas da parte autora. Ausente o INSS.

Solange - Tenho 26 anos. Conheço Albanita, é minha mãe. *[não compromissada]* Nasci no Piauí, vim para SP com 15 anos, vim morar com uma prima, vim também para trabalhar. Minha prima é da parte da minha mãe, minha prima morava no Morumbi, depois fomos para Cotia. No Piauí, eu trabalhava em casa e, às vezes, na roça. Estudei até a quinta série. Depois voltei a estudar. Fiz até o ensino médio completo e fiz seis meses de Nutrição. Quero estudar contabilidade. *Vim para SP para trabalhar* e descobri que tinha sopro no coração. Mas como eu era menor de idade minha mãe teve de vir para eu poder fazer o tratamento e deu certo, hoje estou bem, não sinto nada. Tenho um irmão, ele veio para SP, mas não sei bem ao certo o ano... ele vinha e voltava. Eu vim primeiro, depois ele veio, o Maurício. *Minha mãe veio quando descobri que eu precisava de tratamento.* Ela ficou no meu lugar no meu serviço, enquanto eu estava no tratamento. Meu pai saiu de casa quando eu tinha dois anos,

eu não me lembro dele. Ele dizia que ele ia ajudar agente. As pessoas que o viam diziam que ele estava bem, estava trabalhando. *Ele mandou um dinheiro, deu para comprar um fogão e cama. E depois ele não mandou mais. Minha mãe comunicava-se com ele por cartas. Ele sumiu. Meu tio tentou levar ele para casa, mas ele fugia e não voltava. Meu tio, irmão dele, João, vinha para SP e tentava levá-lo de volta para o Piauí*, minha avó era velhinha e ficava preocupada. Ela é falecida, ela não o viu mais. Quando meu tio vinha eu não perguntava para ele, eu era muito nova, mas todas as vezes ele dava um jeito de ir embora. *Ele dizia que ia para o Piauí, mas na hora não ia...* às vezes ele estava trabalhando; às vezes não. *Depois que ele veio para SP fiquei sabendo que ele tinha problema de bebida.* Não sei se ele tinha parentes ou conhecidos aqui em SP. Eu não me lembro dele. Tenho conhecimento de que uma pessoa, que não conheço, disse que ele tinha sido assassinado por bandidos. A pessoa disse que ele estava morto. Tentamos localizá-lo de qualquer forma, não achamos o corpo dele. *Vim para trabalhar, não para tentar localizá-lo, para construir um futuro, mas vendo o sofrimento da minha mãe resolvi ajudá-la, fiz o BO.* Ela foi ao IML, necrotério, cemitério, fez pesquisas e não encontramos nada, isso foi depois que vim para trabalhar. Ela não se casou de novo, não tem companheiro. Ela sempre foi casada com ele. Meu irmão está em SP. Ele não veio hoje, porque ele é um pouco rebelde, não tem como convencê-lo. Ele trabalha, está desempregado atualmente, mas ele trabalha. Só não conseguiu conciliar com estudo. Eu trabalho como auxiliar administrativo. Nada mais. Sem perguntas pela autora. Ausente o INSS.

Ausência. Pelo conjunto probatório, tem-se que *Matias* desapareceu sem deixar notícias, nem representante, consoante delineia o artigo 22 do CC.

Noto que, para fins previdenciários, não se faz necessário restar cabalmente comprovada a ausência:

A “ausência previdenciária” tem conotação específica, que não se confunde com a do Direito Civil. Trata-se de impropriedade técnica do legislador, uma vez que, na hipótese previdenciária, desaparecido o segurado por período superior a 6 meses, ou seja, “ausente”, tem-se por presumido o seu falecimento, dando ensejo à concessão provisória de pensão por morte, a qual cessará necessariamente com seu retorno. (Direito Previdenciário Esquematizado, Marisa Ferreira dos Santos, Saraiva, 2011, p. 287)

Assim, declaro a ausência de *Matias*, para fins previdenciários, bem como que está configurado o desaparecimento dele a contar de seis meses após a lavratura do Boletim de Ocorrência noticiando o fato, isto é, em 17/01/2008 (artigo 78 da LBPS).

Qualidade de segurado. Consta do parecer da Contadoria, cujos fundamentos ora acolho, que o ex-segurado em 17/01/08 (seis meses após o Boletim de Ocorrência em 17/07/07), não mais mantinha a qualidade de segurado.

Com efeito, o último vínculo de *Matias* extinguiu-se em 06/06/1997, não havendo contribuições posteriores a essa data.

O falecido não possuía, portanto, a qualidade de segurado.

Sem prejuízo, *ad cautelam*, analiso a questão da qualidade de beneficiário, caso o item acima seja superado na superior instância.

Qualidade de beneficiário. São beneficiários:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição,

menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II – os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21(vinte e um) anos ou inválido; (artigo 16 da LBPS).

Cada inciso corresponde a uma classe distinta. Entre as classes há uma hierarquia, no sentido de que a existência de dependentes de uma classe anterior exclui os dependentes da(s) classe(s) (incisos) seguinte(s). Os dependentes da primeira classe (inciso I) têm, em seu favor, presunção de dependência econômica em relação ao segurado falecido.

Nos demais casos, diferentemente do que ocorre com os dependentes de primeira classe, a dependência econômica, deve ser provada, pela interpretação, *contrario sensu* do § 4º do art. 16 da Lei 8.213/91.

No caso dos autos, a autora alega ser esposa do falecido, consoante certidão de f. 11 do arquivo pet provas, da qual não consta averbação de separação ou divórcio.

É certo, outrossim, que “O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão de registro” - artigo 1.543 do Código Civil.

Todavia, o que se nota da instrução processual é que a autora não mantinha mais a sociedade de fato com Matias.

O casamento, em princípio, conferiria à autora a condição de beneficiária da pensão; porém, em caso de separação de fato, se não resta provada a dependência econômica, não se há de deferir o benefício (artigo 76,§ 2º, da LBPS, a *contrario sensu*).

Nesse sentido, Marina Vasques Duarte:

Em caso de divórcio, *separação* judicial ou *de fato*, deve-se averiguar se o cônjuge ou companheiro permaneceu dependendo financeiramente do segurado, independentemente de fixação ou não de alimentos.

In: p. 85, Direito Previdenciário, Verbo Jurídico, 2010, grifos meus.

Neste feito, *Matias* veio para São Paulo a fim de trabalhar e dar melhor condição a sua família, que permaneceu no Piauí, entretanto, não mandava recursos obtidos com seu trabalho para sua esposa e seus filhos.

A carta de 23/06/1991, de Albanita para Matias, ilustra a situação:

Esta é somente para repetir as nossas passadas e ao mesmo tempo lhe pedir que você me mande algumas coisas pois *eu estou sem condições financeiras* (...). Sim, Matias eu quero saber se você não tem dó de ver seus filhos ser criados sem conhecer o pai (...). Eu quero saber *também se você não me quer mais*. Se você não me quiser mais mande me dizer pois eu vou tentar te esquecer já que eu não consigo, pois assim mesmo eu ainda te amo. Você me fazendo uma ingratidão tão grande. (...) - f. 45 do arquivo provas.

Embora Matias lhe declarasse “amor”, na verdade, não participava da vida familiar e já havia se afastado dos seus deveres como cônjuge.

A prova oral revela que a autora tinha a convicção de estar ainda casada, mas de fato *Matias* não mais lhe dava apoio algum, afastando-se da esposa e filhos.

A filha da autora disse que não veio para esta capital a fim de procurar seu pai, mas para trabalhar. Estando em São Paulo, para ajudar sua mãe a se desvencilhar do passado, fez o boletim de ocorrência noticiando o desaparecimento.

Vê-se que a autora não veio para São Paulo a fim de procurar Matias, mas para acompa-

nhar o tratamento médico de sua filha, o que ocorreu dois anos após a entrega da mala com os pertences dele, pela mulher cujo nome a autora desconhece.

Por fim, há uma carta em que a autora se corresponde com João Carvalho Moura, provavelmente, o tio João, a quem Solange se referiu, na qual tratam de uma pessoa que fora presa.

A carta é do mesmo ano (1992) em que consta mandado de prisão cumprido referente a suposto homicídio praticado por Matias.

A autora disse em seu depoimento nada saber sobre essa ocorrência criminal, todavia, há a carta juntada aos autos pela própria autora na inicial.

Concluo, portanto, que há inúmeros fatos da vida de Matias que não estão devidamente esclarecidos e que esta circunstância, somada às demais já analisadas, não permite concluir pela sociedade de fato entre a autora e Matias.

Assim, tenho não estar provado que a autora ainda mantinha vínculo com seu marido quando consubstanciada a ausência – o desaparecimento - tampouco a dependência econômica.

Julgo, pois, improcedente o pedido na inicial.

Posto isso:

1 - JULGO IMPROCEDENTE o pedido da parte autora e julgo extinto o processo, com exame do mérito, nos termos do inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil.

2 - Sem condenação em custas e honorários nesta Instância.

3 - Defiro o benefício da justiça gratuita.

4 - Com o trânsito em julgado, ao arquivo.

5 - Sentença registrada eletronicamente.

6 - Publique-se.

7 - Intimem-se.

Juíza Federal MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0008200-87.2013.4.03.6315**

Autora: TEREZINHA DE JESUS QUEIROZ DA SILVA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SOROCABA - SP

Juiz Federal: EMERSON JOSÉ DO COUTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/06/2014

Trata-se de ação de conhecimento proposta por TEREZINHA DE JESUS QUEIROZ DA SILVA contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em que pretende a averbação de tempo de trabalho rural e, em consequência, a concessão do benefício de *aposentadoria por idade*. Afirmou que o pedido administrativo (NB 41/166.520.395-9), formulado em 19/09/2013 (DER), foi ilegalmente indeferido pelo INSS, porquanto cumpriu os requisitos legais. Asseverou que exerceu trabalho rural de 1º/09/1968 a 24/5/1974, na condição de segurada especial, em regime de economia familiar.

Citado, o demandado, presente em audiência, pugnou pela improcedência da ação.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Não há questões preliminares ou prejudiciais a serem resolvidas, razão pela qual passo a julgar o mérito.

Em regra, a aposentadoria por idade, cuja concessão é disciplinada nos artigos 48 a 51 da Lei nº 8.213/1991, é devida ao segurado que, tendo cumprido a carência exigida, conte com 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher. Quando se trata de trabalhador rural, os limites de idade são reduzidos para 60 (sessenta) e 55 (cinquenta e cinco) anos, respectivamente. Já o período de carência varia de 60 (sessenta) a 180 (cento e oitenta) meses, levando-se em conta o ano em que o segurado completou a idade mínima para se aposentar. (art. 25, II, c. c. o art. 142, ambos da Lei nº 8.213/1991).

Para que o trabalhador rural obtenha o benefício da aposentadoria por idade e, assim, goze da redução do limite etário, deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, *por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido* (art. 48, § 2º, da Lei nº 8.213/1991).

Portanto, o tempo de trabalho rural, ainda que sem contribuição, é considerado para fins de carência da *aposentadoria por idade*. A aceitação de labor rural para fins de carência não malfeire o disposto no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, pois a vedação de utilização do tempo de serviço rural sem contribuição se dá apenas em relação à *aposentadoria por tempo de contribuição*.

De fato, segundo regras de hermenêutica jurídica, não se deve dar interpretação ampliada a norma que restringe direitos, razão pela qual seus efeitos limitativos devem cingir-se às hipóteses taxativamente previstas em lei. No caso, a proibição da contagem do tempo de serviço rural para carência, como norma restritiva de direito que é, deve ficar adstrita à hipótese da *aposentadoria por tempo de contribuição*.

Por fim, vale repisar que o impedimento de utilização do trabalho rural sem contribuição como tempo de carência está contida no § 2º do artigo 55 da Lei nº 8.213/1991. O parágrafo

de um dado artigo, conforme prevê o artigo 11, III, “c”, da Lei Complementar nº 95/1998, destina-se a complementar a norma enunciada no *caput* do mesmo artigo ou criar uma exceção à regra geral. No caso, o mencionado § 2º criou, *exclusivamente para a aposentadoria por tempo de contribuição*, exceção à regra geral contida no *caput* do artigo 55, de modo que devem ser contados quaisquer trabalhos para fins de carência da *aposentadoria por tempo de contribuição*, exceto o labor rural em regime de economia familiar anterior à Lei nº 8.213/1991.

Com efeito, o artigo 55, *caput*, ao tratar da aposentadoria por tempo de serviço, diz que “o tempo de serviço” compreende as “atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11” da Lei nº 8.213/1991. Daí a razão de seu § 2º coibir a contagem do tempo rural para o período de carência. Tal impedimento faz sentido, em face de não haver idade mínima para o benefício de aposentadoria (integral) por tempo de contribuição.

No entanto, quando se está a tratar de benefício previdenciário por idade, não há razão alguma para que o tempo de serviço rural não seja considerado para fins de carência, ainda que sem contribuição, porque a própria Lei nº 8.213/1991, em seus artigos 39, I e 143, autorizou a aposentadoria por idade, mediante a simples comprovação do exercício de atividade rural:

Art. 39. *Para os segurados especiais*, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, *fica garantida a concessão*:

I - de *aposentadoria por idade* ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, *desde que comprove o exercício de atividade rural*, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, *igual ao número de meses correspondentes à carência* do benefício requerido; (redação anterior à Lei nº 12.873/2013) (*destaquei*)

Art. 143. O *trabalhador rural* ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, *pode requerer aposentadoria por idade*, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, *desde que comprove o exercício de atividade rural*, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, *em número de meses idêntico à carência do referido benefício*. (*destaquei*)

Portanto, para o trabalhador rural ter direito à aposentadoria rural basta comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que não tenha contribuído para o sistema. A possibilidade de receber benefício previdenciário sem contribuição decorre do princípio da solidariedade e da distributividade, como bem salientam CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI:

Frisamos aqui a noção da solidariedade social - no sentido de que a população urbana tem muito maior concentração de renda que a população trabalhadora rural, bem como o princípio da distributividade, segundo o qual o sistema previdenciário, além de garantir o trabalhador em face de eventos que lhes causem perda ou redução da capacidade de subsistência, também é um instrumento de redução das desigualdades sociais.

De outro lado, e esse é o caso da parte autora, enorme parcela de trabalhadores rurais migrou para a cidade, em busca de melhoria de vida, de modo que, apesar de grande lapso de tempo trabalhado na lavoura, não mais satisfazem o requisito exigido de exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício. Com isso, ao atingirem o limite etário, não conseguem comprovar o trabalho rural no período que antecedeu o pedido administrativo. De outro lado, em razão da idade muitas vezes avançada, também não

conseguem atender ao período de 15 (quinze) anos para a aposentadoria por idade urbana.

Em razão dessa situação anômala, foi editada a Lei nº 11.718/2008, a qual admitiu a soma do tempo de labor rural com o urbano para fins de permitir a concessão da *aposentadoria por idade* ao trabalhador rural que migrou para a cidade. De fato, diz o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela mencionada Lei nº 11.718/2008, que:

Art. 48. (...)

§ 3º *Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. (destaquei)*

Em palavras simples, a lei está a afirmar que o rurícola que não exerceu trabalho rural no período imediatamente anterior ao requerimento da aposentadoria por idade e que não tem, na atividade rural, o tempo de trabalho igual ao número de contribuições correspondentes à carência, pode somar o tempo de labor rural ao urbano, *para fins de carência da aposentadoria por idade*. Em contrapartida, a idade mínima foi elevada em cinco anos.

A propósito, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região já decidiu, por sua Décima Turma, que:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR IDADE PREVISTA NOS §§ 3º E 4º DA LEI Nº 8.213/91. PERÍODO DE TRABALHO RURAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI DE BENEFÍCIOS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS.

I. Embora o período trabalhado como rurícola, sem o recolhimento de contribuições, anterior a julho de 1991, não possa ser computado para efeito de carência de aposentadoria por tempo de serviço, a teor do disposto no §2º do art. 55 da Lei 8.213/91, referido período de atividade rural pode ser considerado para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, conforme determinam os artigos 39, I e 143 da Lei nº 8.213/91.

II. *Com o advento da Lei nº 11.718 de 20.06.2008, a qual acrescentou os §§3º e 4º ao art. 48 da Lei nº 8.213/91, o ordenamento jurídico passou a admitir expressamente a soma do tempo de exercício de labor rural ao período de trabalho urbano, para fins de concessão do benefício da aposentadoria por idade aos 60 (sessenta) anos, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, sendo este o caso dos autos.*

III. A parte autora faz jus à percepção do benefício de aposentadoria por idade, na forma prevista nos §§ 3 e 4º do art. 48 da Lei nº 8.213/91.

IV. Agravo a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, Agravo Regimental em Apelação Cível 0034607-15.2008.4.03.9999/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, DJ-e de 09/03/2011, *destaquei*).

Vale transcrever, porque muito elucidativo, trecho da fundamentação do v. acórdão acima mencionado:

Ressalto que, embora o período trabalhado como rurícola, sem o pagamento de contribuições, anterior a julho de 1991, não possa ser computado para efeito de carência de aposentadoria por tempo de serviço, a teor do disposto no § 2º do art. 55 da Lei 8.213/91, referido período de atividade rural, pode ser considerado para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, conforme determinam os artigos 39, I e 143 da Lei nº 8.213/91.

Outrossim, com o advento da Lei nº 11.718, de 20.06.2008, o qual acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 48 da Lei nº 8.213/91, o ordenamento jurídico passou a admitir expressamente a soma

do tempo de exercício de labor rural ao período de trabalho urbano, para fins de concessão do benefício da aposentadoria por idade aos 60 (sessenta) anos, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos, se homem (...)

No mesmo sentido também já decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITOS LEGAIS. COMPROVAÇÃO. LEI Nº 11.718/2008. LEI 8.213, ART. 48, § 3º. TRABALHO RURAL E TRABALHO URBANO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO A SEGURADO QUE NÃO ESTÁ DESEMPENHANDO ATIVIDADE RURAL NO MOMENTO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. DESCONTINUIDADE. POSSIBILIDADE.

1. *É devida a aposentadoria por idade mediante conjugação de tempo rural e urbano durante o período aquisitivo do direito, a teor do disposto na Lei nº 11.718, de 2008, que acrescentou § 3º ao art. 48 da Lei nº 8.213, de 1991, desde que cumprido o requisito etário de 60 anos para mulher e de 65 anos para homem (...)*

(TRF 4ª Região, ApelReex 5002656-93.2011.404.7214/SC, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJe de 05/04/2013, *destaquei*).

Também o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se pronunciou admitindo a contagem do tempo de trabalho rural anterior a 1991, para fins de carência da aposentadoria a que se refere o artigo 48, § 3º, da Lei nº 8.213/1991:

(...)

4. Caso os trabalhadores rurais não atendam à carência na forma especificada pelo art. 143, mas satisfaçam essa condição mediante o cômputo de períodos de contribuição em outras categorias, *farão jus ao benefício ao completarem 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, conforme preceitua o § 3º do art. 48 da Lei de Benefícios, incluído pela Lei nº 11.718, de 2008.*

(STJ, Pet. 7.476/PR, Terceira Seção, Relator Ministro Jorge Mussi, DJ-e de 25/04/2011, *destaquei*).

Nesse passo, deve-se considerar o tempo de trabalho rural para fins de carência, *especificamente para a concessão de aposentadoria por idade*, mediante a junção do tempo rural e urbano, conforme expressamente passou a admitir o § 3º do artigo 48 c. c. os artigos 39, I e 143 da Lei nº 8.213/1991.

Passo, agora, a verificar o pedido de averbação do tempo rural.

A comprovação de tempo rural para fins de aposentadoria por idade pode ser feita por prova testemunhal, desde que presente início de prova material. Para suprir a essa exigência, a parte autora juntou vários documentos em nome de seu pai (Sr. Pedro Estevam de Queiroz - fls. 16), nos quais foi qualificado como lavrador: *declaração cadastral de produtor, datado de 25/01/1984 (fls. 30); ITR referente ao ano 1968 (fls. 33); contribuição sindical rural ano 1973 (fls. 60), referente ao imóvel Sítio São Estevam; declaração de produtor rural, referente aos anos de 1975-1976 (fls 103); mandado de matrícula (2º Cartório de Notas e Ofício de Justiça de Itapetininga) - usucapião de imóvel rural (fls. 118); contribuição sindical rural referente aos anos 1970-1971 (fls. 133); declaração para cadastro de imóvel rural do ano de 1972 (fls. 136); contribuição sindical rural ano 1973 (fls. 144); Autorização para impressão de Nota Fiscal de Produtor (Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo), datado de 23/08/1972 (fls. 145); declaração derendimentos referente aos anos de 1974-1975 (fls. 159).*

Os documentos mencionados constituem início razoável de prova material. De fato, “são aceitos, como início de prova material, os documentos em nome dos pais da autora que os qualificam como lavradores (...)” (REsp 1.304.479/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ-e 19/12/2012, recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC).

A prova testemunhal, por sua vez, confirmou o exercício de atividade rurícola pela autora. Com efeito, em audiência realizada no dia 28/05/2014, a demandante, em depoimento pessoal, informou que trabalhou na lavoura desde muito pequena no sítio de seu pai, juntamente com a família, no cultivo de arroz, feijão, milho, etc. até uma semana antes de se casar.

A testemunha *Maria das Neves Brisola Duarte*, ouvida mediante compromisso, disse que conhecia a autora desde pequena, pois eram vizinhas. Asseverou que o seu sítio era vizinho de cerca com o sítio do pai da autora. Narrou, ainda, que a autora começou a trabalhar desde tenra idade na lavoura em auxílio ao seu pai, sem a presença de empregados. Por fim, disse que a autora morou no sítio até se casar.

Apesar de a prova testemunhal comprovar o trabalho no tempo em que a demandante ainda era criança, saliento que somente é possível a averbação de atividade rural a partir dos 12 (doze) anos de idade, porquanto a Constituição Federal de 1.967, no artigo 158, X, passou a admitir que o menor, com 12 (doze) anos completos, possuía aptidão física para o trabalho. Nesse passo, considerando que a parte autora nasceu em 10/05/1953, tem-se que completou 12 (doze) anos de idade em 10/05/1965, de modo que é possível deferir o pedido de averbação do labor rural a partir de 1º/09/1968, pois nesta data já contava com mais de 15 (quinze) anos.

Atento ao conjunto probatório, tenho que a parte autora exerceu atividades rurais, em regime de economia familiar, de 1º/09/1968 a 17/05/1974 (uma semana antes do casamento). De outro lado, consta dos autos informações expedidas pelo próprio demandado, as quais consignam trabalho urbano pelo período 15/09/1975 a 31/08/2013. Somando-se o tempo de trabalho rural com urbano, tem-se comprovado 209 (duzentos e nove) meses de carência, suficientes para autorizar a concessão da aposentadoria por idade, com base no artigo 48, § 3º, da Lei nº 8.213/1991. Isso porque a autora, nascida em 10/05/1953, completou 60 (sessenta) anos de idade em 10/05/2013 e do trabalhador que atingiu a idade no ano de 2013 são exigidos apenas 180 (cento e oitenta) meses de carência.

Assim, presentes os requisitos legais, é devida a concessão da aposentadoria por idade, conforme previsão do § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.213/1991.

Antecipação dos Efeitos da Tutela

Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela estão presentes. Consoante exposto na fundamentação, a demandante comprovou idade e, também, tempo de labor, entre atividades urbanas e rurais, em período superior ao exigido pela lei para a concessão da aposentadoria por idade.

Quanto ao perigo da demora, tenho que o caráter alimentar da prestação é suficiente para autorizar a antecipação dos efeitos da tutela.

Assistência Judiciária Gratuita

Em relação ao pedido dos benefícios da assistência judiciária gratuita, verifico que aparte autora declarou que sua situação econômica não lhe permite pagar as custas e despesas do processo e, com isso, atendeu ao disposto no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 1.060/1950, razão pela qual esta pretensão também merece ser acolhida.

ANTE O EXPOSTO, *julgo parcialmente procedente a demanda* e condeno o INSS a *averbar* como tempo de trabalho rural em regime de economia familiar, exclusivamente para fins

de aposentadoria por idade do artigo 48, § 3º, da Lei nº 8.213/1991, o período *de 01/09/1968 a 17/05/1974 e a conceder* o benefício de aposentadoria por idade, com data de início (DIB) a partir do pedido administrativo (19/09/2013), com Renda Mensal Inicial - RMI de R\$ 678,00 (*seiscentos e setenta e oito reais*), correspondente ao salário mínimo vigente à época, e a Renda Mensal Atual - RMA de R\$ 724,00 (*setecentos e vinte e quatro reais*), também equivalente a um salário mínimo atual, para a competência de 04/2014.

Condeno, ainda, o INSS a pagar as prestações vencidas a partir da data do requerimento administrativo (19/09/2013) até a competência de 04/2014, no valor de R\$ 5.619,97 (*cinco mil seiscentos e dezenove reais e noventa e sete centavos*), conforme apurado pela Contadoria do Juízo. Sobre os valores em atraso incidirão juros de mora simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança (art. 100, § 12, CF, c. c. o art. 1º-F, segunda parte, da Lei nº 9.494/1997) e correção monetária, esta calculada na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo a contadoria observar que o INPC/IBGE deverá incidir a partir de setembro de 2006 até o efetivo pagamento, tendo em vista que os parâmetros traçados pela Lei nº 11.960/2009 não devem ser aplicados, pois tal ato normativo foi declarado inconstitucional, por arrastamento, pelo STF no julgamento da ADI 4.357/DF, Relator Originário Ministro Ayres Britto, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, j. 13 e 14/03/2013. (Informativo STF nº 698).

Antecipo os efeitos da tutela e imponho ao demandado a obrigação de implantar o benefício de aposentadoria por idade, no prazo de 30 (trinta) dias, com DIP em 01/05/2014, sob pena de imposição das sanções cabíveis.

Defiro os benefícios da justiça gratuita em favor da parte demandante.

Sem custas e honorários advocatícios, a teor do artigo 1º da Lei nº 10.259/2010 c. c. o artigo 55, *caput*, da Lei nº 9.099/1995.

Intime-se e oficie-se ao INSS para que tome ciência da sentença e cumpra a medida antecipatória no prazo fixado.

Sentença registrada eletronicamente. Publique-se. Intimem-se.

Juiz Federal Substituto EMERSON JOSÉ DO COUTO

AÇÃO PENAL

0015537-44.2013.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: ROBERTO NEI DE JESUS ROCHA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: ADRIANA DELBONI TARICCO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 29/05/2014

Vistos, em sentença. Em inspeção.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Roberto Nei de Jesus Rocha, brasileiro, casado, comerciante, portador do documento de identidade RG nº 33.739.240-7 SSP/SP, nascido aos 19 de maio de 1981, natural de São Paulo - SP, filho de Auri Souza Rocha e Irene de Jesus, residente à Rua Santa Cecília, nº 361, bairro Parque Santa Cecília, São Paulo - SP, pela prática, em tese, do delito tipificado no artigo 157, § 2º, por duas vezes, a primeira incursa no inciso II e a segunda incursa nos incisos I e II do 157 c.c. o artigo 71, todos do Código Penal.

Relatou o MPF que, no dia 22 de julho de 2013, por volta das 10h, à Rua Olivaldo Vila Nova, nº 252, nesta capital, Roberto Nei de Jesus Rocha (Roberto), junto com outros dois indivíduos desconhecidos, simulando uso de arma de fogo, subtraíram 68 encomendas de propriedade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, ocasião em que retiraram as mercadorias do veículo dos Correios, que era dirigido pelo motorista Adilson Luis Dias da Silva (Adilson), veículo este por meio do qual o carteiro José Willian da Silva Chaves (José) exercia seu mister.

Constou também que, aos 5 de agosto de 2013, por volta das 10h, à Rua Damasio Rodrigues Gomes, nº 62, nesta capital, Roberto Nei de Jesus Rocha (Roberto), junto com outros dois indivíduos desconhecidos, mediante uso de arma de fogo, subtraíram 52 encomendas de propriedade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, ocasião em que o carteiro José e outro funcionário da ECT, Weverton da Silva Vieira (Weverton) realizavam a entrega de encomendas.

O *Parquet* esclareceu que, aos 2 de outubro de 2013, o Réu foi preso em flagrante delito junto com Raul Viana de Souza, quando roubavam outro veículo da ECT, razão pela qual os funcionários da ECT foram chamados na delegacia de polícia e reconheceram Roberto Nei de Jesus Rocha como um dos autores dos roubos de 22 de julho e de 5 de agosto.

A denúncia foi recebida aos 17 de dezembro de 2013 (fls. 52/53). O réu foi pessoalmente citado à fl.63. A DPU foi nomeada para defender o Réu (fl. 66). Resposta à acusação às fls. 106/114, ocasião em que foi requerido o reconhecimento da conexão e consequente reunião de processos com possível declaração de continuidade delitiva, com base no artigo 71 do CP, além da absolvição sumária do Réu. A DPU tornou comuns as testemunhas arroladas pela acusação na denúncia.

O MPF opinou pelo regular prosseguimento do feito, sem reunião de processos (fls. 131/135).

O pedido de reunião de processos foi indeferido, com base nos argumentos de que os vários delitos atribuídos ao Réu são autônomos, demandam instruções probatórias individualizadas, sem conexão entre os fatos, sob pena de se elevar a complexidade do processo, inviabilizando a celeridade. Foi determinada ainda o prosseguimento do feito, em face da ausência de causas de absolvição sumária (fls. 137/138).

Testemunhas, Informante e Réu foram ouvidos em juízo (fls. 161/169).

Nada foi requerido pelas partes na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal, em memoriais (fls. 189/193), pediu a condenação do Réu nos termos da denúncia.

O Defensor Público Federal requereu, às fls. 198/216, o reconhecimento de nulidade dos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação, devido às leituras dos depoimentos por elas prestados na esfera policial; a absolvição por ausência ou insuficiência de prova de autoria, com base no artigo 386, incisos V ou VII, do CPP; na hipótese de condenação, requereu a aplicação da pena base no mínimo legal, a aplicação do artigo 71 do CP, que prevê o crime continuado; pediu o afastamento da incidência da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, ante a ausência de elemento de prova; pugnou pela aplicação de regime aberto para cumprimento de pena, de acordo com a Súmula 369 do STJ; requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e a autorização para que o Réu recorra da sentença em prisão domiciliar.

Vieram os autos conclusos para sentença, em inspeção.

É o relatório. Fundamento, decido e justifico.

MATERIALIDADE

A materialidade do crime de roubo ocorrido aos 22 de julho de 2013 está demonstrada pelas cópias das listas com a relação dos objetos roubados, com valor do prejuízo apurado em decorrência do delito (fls. 68/84), bem como pelo documento de fl. 86/88, impresso do Sistema de Recuperação de indenização dos Correios, com os valores postais, declarados e indenizados.

A materialidade do crime de roubo ocorrido aos 5 de agosto de 2013 está demonstrada pelas cópias das listas com a relação dos objetos roubados (fls. 89/100), bem como pelo documento de fls. 101/103, impresso do Sistema de Recuperação de indenização dos Correios, com os valores postais, declarados e indenizados pela ECT.

Os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo também comprovam a materialidade dos dois crimes de roubo nos dias 22 de julho e 5 de agosto de 2013, conforme transcreverei abaixo.

TESES DA DEFESA

Afasto a alegação expressa pela DPU, na oportunidade dos memoriais de fls. 198/216, com relação à nulidade nos depoimentos prestados pelas testemunhas, em juízo, em razão de leitura dos depoimentos por elas prestados na polícia e o faço com base nas seguintes razões.

Apesar de assistir razão ao DPF com relação aos estudos acerca das falsas memórias, que acabam por configurar obstáculo natural para a obtenção da verdade dita real/substancial/material/verdadeira, é importante salientar que não apenas a leitura dos depoimentos prestados na esfera administrativa, mas também a prévia conversa das testemunhas com a DPU, com o MPF, com o Juiz, com o Réu, a leitura de uma revista, de jornais, o acompanhamento de matéria televisiva sobre o assunto, a conversa com outras testemunhas ou informantes antes de entrar no prédio da Justiça Federal, experiências pessoais da própria testemunha, tudo isso pode modificar a memória da testemunha, sem que ela tenha consciência disso.

O ser humano busca a verdade e a justiça como valores absolutos, mas sequer tem meios pessoais físicos, psicológicos e biológicos para alcançá-los. Essa reflexão foge do sistema jurídico e só importa no que tange à análise provocada pelo competente Defensor Público Federal nestes autos para concluir pela dificuldade natural de se obter a verdade no processo.

Se a falta de memória impede a elucidação de questão processual, a falsa memória também o faz, já que esta se refere a eventos que sequer existiram ou que ocorreram de maneira bem diferente do que consta na memória da testemunha, do Réu, da vítima, do Informante.

A psicóloga americana, Dra. Elisabeth Loftus, citada pelo DPF, Dr. Leonardo de Castro Trindade, explica que a memória não funciona como um gravador ou como uma filmadora, como sempre se pensou, mas como a *wikipedia*, uma enciclopédia livre em que as memórias são edificadas e reconstruídas não apenas pela pessoa cuja mente se leva em conta, mas por qualquer um que com ela entra em contato, pessoalmente ou não.

Dessa forma, a maneira de se perguntar à testemunha sobre determinado fato já a induz na resposta. O modo como se coloca a questão, a foto que é mostrada, o documento exibido, as palavras usadas para se referir aos fatos, tudo isso contamina, de alguma forma, a mente de quem está sendo questionado.

Por tais fatos, buscando assegurar segurança jurídica (esta sim objeto de escolha, pelos representantes do povo legitimamente eleitos, como foco e objetivo do processo judicial, seja ele civil ou criminal), há regras claras e previamente postas para embasar uma condenação ou uma absolvição.

E porque nenhuma prova produzida ao longo do processo penal pode nos levar a tal verdade absoluta (objeto de estudo da Metafísica), houve um consenso social e político em se visar a verdade processual como suficiente para ensejar a pacificação social por meio da decisão judicial justificada e adequada à Constituição Federal.

Essa verdade processual vai sendo, então, construída pelas partes e pelo Juízo durante o trâmite da ação penal.

Havendo dúvida, ao final, e sendo o caso de processo penal, deve-se absolver o Réu. A regra é clara.

A prova testemunhal, assim como a documental, e outras tantas provas previstas no CPP, devem ser produzidas e valoradas no momento da sentença. Esta é a regra legal.

Nesse sentido, dentro do sistema fechado jurídico, sem afetação de outros sistemas como o moral, o religioso ou o político, necessário observar as regras legais referentes ao impedimento e a suspeição de determinadas pessoas como testemunhas, a incomunicabilidade delas a partir do momento em que chegam na vara criminal, a oitiva separada de testemunhas e acusados etc.

Nessa toada, a leitura dos depoimentos prestados pelas próprias testemunhas na esfera policial é a melhor maneira de contextualizar as perguntas que a elas serão feitas, já que a contaminação de suas memórias será menor do que a oitiva dos fatos por meio de relato do MPF, da DPU ou do Juízo.

A possibilidade de leitura de anotações pelas testemunhas comprova isso. A leitura sobre as suas próprias memórias pretéritas é o mais condizente com tudo o que foi até aqui colocado.

Os depoimentos, bem como o reconhecimento do Réu, realizados pelas testemunhas, serão valorados justificadamente ao final, no momento em que o juiz presta contas sobre a fundamentação/motivação de sua decisão, na sentença.

Não há regra legal que proíba a leitura dos depoimentos, prestados na Polícia, pelas testemunhas, em juízo.

Na prática, não é raro a testemunha ou o Réu retificar o teor do depoimento prestado na esfera administrativa, esclarecendo pontos, elucidando o que fora reduzido a termo pelo escrivão de polícia, apontando fatos até então não narrados.

O fato de a testemunha falar que não se lembra muito bem dos fatos narrados na denúncia não é modificado pelo fato de a testemunha falar que o que leu no termo de declarações é verdadeiro ou não, ou em parte.

Tudo o que consta do processo pode e deve ser levado em conta no momento da produção da prova oral. Essa é a regra legal posta no CPP brasileiro vigente.

Por tais razões postas, afasto a alegação de nulidade dos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação devido à leitura dos depoimentos policiais, na medida em que cada testemunha leu apenas o seu termo de declarações.

Importante também fazer constar que afasto a alegação de fragilidade do reconhecimento judicial do Réu pelas testemunhas, em juízo, por conta da presença do Acusado em sala de reconhecimento sem outras pessoas a ele semelhantes e o faço com base nas razões que seguem.

Além de a jurisprudência pátria já ser no sentido de que esta exigência legal refere-se ao ato de reconhecimento realizado na delegacia de polícia, em fase pré-processual, havia e há impossibilidade fática para que esse Juízo consiga duas pessoas semelhantes ao Réu, já que, no caso, ele tem, como bem lembrou o DPE, à fl. 201v., quase dois metros de altura.

Além desta impossibilidade fática referente a não existência de pessoas semelhantes ao Réu (no caso em concreto), há outra impossibilidade fática geral, a de que os servidores desta vara não quererem participar do ato de reconhecimento ao lado dos Acusados.

Considerando que tal ato não faz parte do conjunto de funções legais dos servidores e levando em conta que não há respaldo legal para que esta magistrada determine a participação deles no ato de reconhecimento, ressalto, mais uma vez, a impossibilidade prática para se colocar, na sala de reconhecimento, duas pessoas semelhantes ao réu junto dele.

Já houve um caso, nesta Nona Vara Federal Criminal de São Paulo, em que a própria DPU trouxe à vara o irmão de um Réu e outro parente dele (bastante parecidos com o Acusado) para o reconhecimento. Se o irmão, em liberdade, estivesse, no momento do reconhecimento, em juízo, mais parecido com a figura do Réu na data dos fatos delitivos do que o próprio acusado (preso), - o que não é difícil, tendo em vista às más condições conhecidas das penitenciárias brasileiras -, tal prova não teria sido contaminada?

Não houve, neste caso, a condução de pessoas pela DPU para a participação de tal prova em juízo.

Quanto às teses da Defesa sobre autoria e a fixação de pena e de regime de cumprimento, elas serão analisadas no tópico seguinte.

AUTORIA

Quanto à autoria do delito, existem provas seguras para a condenação do Réu. Vejamos.

Ouvido em juízo, a testemunha Adilson Luis Dias da Silva, afirmou que já foi roubado umas 15 vezes ao longo do ano; que, ao ler a fl. 21, seu termo de declarações prestado na Polícia, reconhece como sua a assinatura aposta, bem como confirma o teor das declarações; que, com relação ao fato, eles seguiram com o carro, pediram para encostar, *o réu não estava sozinho, houve menção á arma, mas não a viu; que acha que havia duas pessoas; que ficou*

dentro do carro por 3 ou 5 minutos; que disse que *o Réu é magro, alto, mais claro que si, uns 32 anos mais ou menos; que ele teria 1,80m de altura; que não reconhece a pessoa que está na sala de reconhecimento como sendo o assaltante porque este está mais velho, com mais rugas; que reconheceu o assaltante na policia antes do Natal, no ano passado; que levaram as encomendas.*

Verifico que, apesar de a testemunha não ter reconhecido o réu, em juízo, por conta de sua fisionomia mais velha e das rugas (possível e provável emagrecimento e abatimento frutos do cárcere), o descreveu antes do ato de reconhecimento de maneira correta.

A testemunha, José Willian da Silva Chaves, carteiro, em audiência, afirmou que se recorda dos dois roubos; que, com relação ao primeiro, o da Rua Olivaldo Vila Nova, *dois elementos abordaram e simularam o uso de arma*, ficaram de cabeças baixas, enquanto eles subtraíram objetos e colocaram no carro deles; que, no segundo roubo, na Rua Damasio, chamava a cliente quando um elemento em um Celta Branco parou em frente ao carro do Correio e uma pessoa branca e baixa o abordou; que estavam em 3; que encheram o carro deles com as coisas do Correio e se evadiram; que, ao ler fl. 22, reconhece como sua a assinatura aposta no documento e confirma o teor da declaração; *que o assaltante é alto, magro, da sua cor, 1,75m, por aí; que é jovem, uns 25 anos aproximadamente, sem barba; que reconhece a pessoa presente na sala de reconhecimento como participante em dois assaltos, de junho e de 22 de julho, que ele era quem dirigia e abordava; que foi assaltado umas 25 vezes em 3 anos como carteiro; que nestas 25 vezes os assaltos são diferentes; que a abordagem do Réu era sempre igual, mandava parar e falava “encosta aí, encosta aí”; que era coisa rápida, questão de segundos.*

Por meio deste depoimento, verifico que a testemunha reconheceu o réu como participante nos dois assaltos narrados na denúncia.

A testemunha, Weverton da Silva Vieira, em juízo, disse que é motorista terceirizado dos Correios; que se lembra do roubo ocorrido aos 5 de agosto de 2013, na Rua Damasio Rodrigues Gomes; que parou para fazer a entrega e Willian desceu do veículo; que encostou o carro, ocasião em que um Celta branco encostou, o rapaz estava de capuz e perguntou o que tinha no carro adesivado do Correio; que mandou encostar o carro e abaixar a cabeça; que pelo retrovisor viu o carteiro vindo; que o carteiro entrou no carro por ordem do assaltante; que começaram a descarregar; que viu porta malas do carro deles aberto; que não viu um branquinho, magrinho, narigudo, baixo; que não viu arma; que não reconhece a pessoa que está na sala de reconhecimento como sendo o assaltante.

Verifico que este depoimento não corrobora com os anteriores, sendo que estes são complementares e uníssonos.

A informante, Patrícia Teixeira Matos, esposa do Réu, em juízo, afirmou que vive com o Réu há 13 anos; que tem 5 filhos, 3 deles são comuns com o Réu; que um deles é maior de idade; que um deles é especial; que o Réu trabalhou sempre como autônomo, em uma editora por muito tempo e sempre ganhou bem; que depois compraram uma padaria; que Roberto ia de manhã para abrir a padaria, voltava para casa dar banho na filha especial, ia para farmácia, comprava coisas para si e para a padaria; que na data em que ele foi preso eles já tinham vendido a padaria; que compraram uma lanchonete; que ele nunca fora preso antes.

A esposa do Réu e informante não trouxe dados relevantes sobre os fatos narrados na denúncia.

As informações colhidas no depoimento do Réu, Roberto Nei de Jesus Rocha, na ocasião de seu interrogatório, na esfera judicial: disse que vive em imóvel alugado; que vive em união estável com Patrícia; que tem 5 filhos, uma de 18 anos e os outros menores de idade; que

Emanuelli Vitória, de 7 anos, é especial; que todos vivem consigo; que tinha uma padaria, que foi vendida em setembro de 2013; que não participou dos assaltos realizados em 22 de julho de 2013 e 5 de agosto de 2013; que nunca pegou uma arma de fogo; que estava trabalhando na padaria; que não conhece a Rua Olivaldo Vila Nova; que não conhece a Rua Damásio Rodrigues Gomes; que já participou de roubo aos Correios, em 2 de outubro de 2013, na Teotônio Vilela, com Raul Viana, com um Vectra, de cor preta, emprestado de Alan; que, nesta ocasião, pediu para o funcionário do Correio as encomendas; que, fora este roubo de outubro de 2013, nunca fora processado anteriormente; que não sabe porque está sendo processado por tantos roubos e por crimes de antena; que tem 32 anos; que costumava tirar R\$6.000,00 líquidos como autônomo; que já foi condenado, duas vezes, na 7ª Vara Federal Criminal; que tem uma kombi branca.

O depoimento do Réu destoa dos depoimentos das duas primeiras testemunhas e, com base no direito à ampla defesa, não o considero contra ele ou em desfavor à sua defesa.

Nesses casos de roubo em plena luz do dia, em que a ação criminosa dura poucos minutos, difícil existir testemunhas que não as vítimas, de modo que a alegação da Defesa, de que as testemunhas tiveram contato por pouco tempo com os assaltantes, não é motivo para invalidar os dois primeiros depoimentos das duas testemunhas de acusação.

Verifico, portanto, com base em toda a prova oral colhida em juízo e acima expressa, que o conjunto probatório conduz à certeza da autoria dos crimes de roubo imputados ao Réu.

As demais teses referentes à individualização da pena serão analisadas no tópico sobre a dosimetria.

DOSIMETRIA DA PENA

Na primeira fase da aplicação da pena, de acordo com os artigos 68 e 59, ambos do Código Penal, observo que o Réu, apesar de responder a mais de vinte ações penais só na Justiça Federal de São Paulo, conforme extraio das certidões de objeto e pé (fls. 30/37 e 60/64 dos autos do Apenso), da certidão de distribuição da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo (fls. 47/55 do Apenso) e da folha de antecedentes (fls. 65/69 do Apenso), não tem condenação com trânsito em julgado, de forma que não considerarei estes fatos como maus antecedentes ou como reincidência, nos ditames da Súmula 444 do STJ.

Não há, nos autos, fatos que justifiquem o aumento da pena, nesta fase, com base na culpabilidade do réu, na sua conduta social, na personalidade do agente, nos motivos, nas circunstâncias, na consequência dos crimes ou no comportamento das vítimas.

Fixo a pena-base, portanto, no mínimo legal: quatro anos de reclusão e dez dias-multa.

Não há agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase da fixação da pena, incide a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal (concurso de duas pessoas), pelo que aumento a pena em um terço, chegando-se a cinco anos e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa, no menor valor legal.

O concurso de duas ou mais pessoas ficou claro nos depoimentos das duas primeiras testemunhas da acusação ouvidas em juízo, transcritos acima, no tópico autoria. Nos dois depoimentos, grifei as informações sobre a existência de duas ou mais pessoas, a fundamentar o aumento da pena.

Afasto a tese do MPF com relação à causa de aumento de pena referente ao uso de arma, tendo em vista que as testemunhas mencionaram a ilusão a eventual arma, mas não a viram, tampouco ficou demonstrada nos autos a existência dela. Grifei nos depoimentos transcritos no tópico referente à autoria as informações sobre este ponto. Não há causa especial de diminuição de pena.

Quanto à sanção pecuniária, estabeleço o valor unitário de cada dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do crime, considerada a situação econômica do réu (cinco filhos, quatro menores de idade, que vivem com o Réu, paga aluguel e os cuidados médicos com uma filha especial), nos termos do artigo 60 do Código Penal, devendo haver a atualização monetária quando da execução.

Considerando que o agente, mediante duas ações, praticou dois crimes de roubo, com a diferença de um mês entre eles, aproximadamente, com a mesma maneira de execução, acato as teses do MPF e da DPU, com relação à aplicação do artigo 71 do CP, considero o crime continuado, aplico a pena de um só dos roubos qualificados, aumento-a de um sexto, fixando-a em seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, no menor valor legal.

O cumprimento da pena do crime de dar-se-á em regime inicialmente semiaberto, com base no artigo 33, § 2º, alínea “b” c/c o § 3º do mesmo dispositivo, do Código Penal, tendo em vista que a ação penal trata de Réu primário e sem maus antecedentes.

A pena excede quatro anos, de modo que não há falar em substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do CP.

Indefiro o pedido de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar, tendo em vista que a presença do Réu não é imprescindível aos cuidados especiais de Emanuely Vitória Matos de Jesus Rocha, sua filha, que conta com cuidados médicos em casa (*home care*), vinte e quatro horas por dia (fls. 217/218), bem como com os cuidados de sua genitora.

Diante do exposto, julgo *procedente* a denúncia e, em consequência, *condeno* o Réu, *Roberto Nei de Jesus Rocha*, brasileiro, casado, comerciante, portador do documento de identidade RG nº 33.739.240-7 SSP/SP, nascido aos 19 de maio de 1981, natural de São Paulo - SP, filho de Auri Souza Rocha e Irene de Jesus, residente à Rua Santa Cecília, nº 361, bairro Parque Santa Cecília, São Paulo – SP como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, às penas de *seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e pagamento de 15 dias-multa*, com o valor unitário de cada dia-multa estabelecido em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do crime, devendo haver a atualização monetária quando da execução.

O cumprimento da pena privativa de liberdade dar-se-á em regime inicialmente semiaberto e o Réu não poderá apelar em liberdade, pois presentes os requisitos da prisão cautelar, vez que o Réu praticou duas vezes crime de roubo qualificado, com grave ameaça contra pessoas, o que leva a crer que colocará a ordem pública e a paz social em risco se for solto (artigo 387, § 1º, CPP).

Ausentes os requisitos legais para substituição de pena privativa por restritiva de liberdade, ante a presença de grave ameaça contra as vítimas e a pena imposta, maior de quatro anos de reclusão (artigo 44 do CP).

Condeno o Réu nas custas processuais, na forma do art. 804 do Código de Processo Penal.

Nos termos dos artigos 91 do CP e 387, inciso IV, do CPP, como efeito da condenação, condeno o Réu ao pagamento de reparação aos danos causados a ECT. Para tanto, considero os prejuízos sofridos pela ECT (fls. 86/88 e 101/103) e fixo como valor mínimo para reparação

o valor de R\$11.331,62, valor este referente a data dos fatos narrados na denúncia e que deve ser atualizado.

Após o trânsito em julgado, determino o lançamento do nome do Réu no rol dos culpados, oficiando-se ao INI e à Justiça Eleitoral.

Expeça-se o competente mandado de prisão.

P.R.I.C.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

Juíza Federal Substituta ADRIANA DELBONI TARICCO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0000398-59.2014.4.03.6135

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Réus: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA E COMPANHIA DOCAS DE SÃO SEBASTIÃO – CDSS

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

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/07/2014

Vistos, etc.,

Trata-se de ação civil pública, com pedido de liminar, ajuizada pelo *Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo* em face do *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Companhia Docas de São Sebastião – CDSS*, com o objetivo de invalidar a licença prévia nº. 477/13 emitida pela autarquia ambiental federal para as denominadas fases 01 e 02 do Projeto Integrado Porto Cidade, mais conhecido como ampliação do Porto de São Sebastião, atualmente administrado pela segunda ré. Em pedido de liminar, a parte autora pleiteia a suspensão do procedimento administrativo de licenciamento.

Após discorrerem sobre o contexto dos impasses ambientais do litoral norte paulista e os megaempreendimentos em curso na região, os autores sintetizaram os fundamentos do pedido formulado em cinco tópicos, a saber:

a-) ausência de estudos de impactos cumulativos e sinérgicos contemplando outros 12 megaempreendimentos localizados no Litoral Norte (*art. 6º, II, da Resolução CONAMA nº 01/86*);

b-) incorreta definição das áreas de influência direta e indireta do empreendimento e ausência de informações sobre a Autorização de Licenciamento Ambiental - A.L.A. do ICMBio-ESEC/Tupinambás e desconsideração dos estudos complementares exigidos pelos Gestores das Unidades de Conservação atingidas, (*art. 5º, III, da Resolução CONAMA 01/86, artigo 36, caput e §3º da Lei 9.985/00 e artigos 1º e 3º, II, c.c. §3º da Resolução CONAMA 428/10*);

c-) ausência de avaliação devida dos planos e programas governamentais propostos e em implantação da área de influência do projeto e sua compatibilidade (*art. 5º, IV, da Resolução CONAMA 01/86*);

d-) ausência de reais alternativas locais - aspecto formal e material – (*art. 5º, I, da Resolução CONAMA 01/86*) e;

e-) aquiescência com a possibilidade de ocorrência de sério e irreversível dano na Baía do Araçá, (*art. 8º, §2º da Lei nº 12.651/2012 e art. 3º, X, da Resolução CONAMA nº 303/2002*).

Foram juntados documentos com a inicial (fls. 115/1167), todos elencados no índice de fls. 113/114.

Antes da apreciação do pedido de liminar, foi dada vista prévia à representante legal do IBAMA para manifestação no prazo legal do art. 2º da Lei nº 8.437/92 (fls. 1174).

Em sua manifestação (fls. 1183), o IBAMA rechaça os argumentos trazidos com a inicial em seus cinco tópicos, nos seguintes termos:

a-) a Resolução CONAMA nº 01/86 não exige análise aprofundada dos impactos cumu-

lativos e sinérgicos do empreendimento e as informações fornecidas atendem ao disposto na resolução;

b-) foi correta a definição das áreas de influência direta e indireta do empreendimento, que distancia cerca de 35 km da Estação Ecológica de Tupinambás, razão pela qual não há necessidade da anuência da referida unidade de conservação, tendo ocorrido a anuência das unidades de conservação situadas a 3 km do empreendimento;

c-) o empreendimento está em conformidade com a legislação municipal de uso e ocupação do solo, conforme declaração firmada pela Prefeitura Municipal de São Sebastião e, por ser obra de utilidade pública, não se sujeita às regras do Zoneamento Ecológico Econômico do litoral norte;

d-) foram consideradas as alternativas locacionais e tecnológicas. O projeto inicialmente apresentado, por exemplo, implicava completo aterro da Baía do Araçá, enquanto o por fim licenciado envolve a construção de lajes com pilotis com o recobrimento de 75% da baía;

e-) o art. 8º do novo Código Florestal não veda a intervenção ou supressão de manguezal em caso de obra de utilidade pública, como a ampliação do Porto de São Sebastião.

É o relatório do essencial. Passo a decidir o pedido de liminar.

A solução do complexo conflito trazido a juízo pelo Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo passa por um juízo de ponderação entre legítimos interesses em aparente oposição e um juízo de legalidade sobre a licença prévia atacada.

Não se pleiteia impedir a ampliação do Porto de São Sebastião, mas sim compatibilizá-la com o devido processo legal e o desenvolvimento sustentável, assim entendido como o ponto de equilíbrio entre os aspectos econômico, social e ambiental.

O Porto de São Sebastião iniciou suas atividades, enquanto porto organizado, em 1955. O Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR, parte integrante do porto organizado e administrado pela Petrobrás Transportes S/A – Transpetro, foi inaugurado em 1968, passando a desempenhar papel estratégico no abastecimento de combustível na região sudeste.

A estrutura física do Porto de São Sebastião, incluindo o TEBAR, confunde-se com o centro da cidade de São Sebastião, ocupando cerca de trinta por cento do espaço urbano. Tal índice de ocupação, com a conclusão de todo o projeto de ampliação, atingiria, segundo a inicial, a cinquenta por cento do núcleo urbano (vide foto de fls. 39).

O Porto de São Sebastião tem uma pequena movimentação em comparação ao Porto de Santos, que possui capacidade e estrutura logística infinitamente maior. Ao contrário, o TEBAR é o principal ponto de entrada de petróleo e seus derivados que abastecem a região sudeste do país. O petróleo e seus derivados são transportados do TEBAR até as refinarias por um complexo de oleodutos que sobe pela Serra do Mar.

Apesar de ser parte integrante do Porto de São Sebastião, sujeitando-se à mesma autoridade portuária, o TEBAR ocupa um espaço físico e tem um movimento de navios bem maior do que o terminal do porto em si. Em linguagem mais simples, é como se uma edícula ficasse bem maior do que a casa principal.

A licença ambiental prévia ora atacada limita-se às fases 1 e 2 da ampliação do Porto de São Sebastião, excluindo a ampliação do TEBAR, que é objeto de licenciamento próprio junto à Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB, empresa pública responsável pelo licenciamento no âmbito estadual.

A ampliação do Porto dar-se-á em um contexto ambiental bastante singular. O litoral norte paulista possui, em grande extensão, três (Mata Atlântica, Serra do Mar e Zona Costeira)

dos cinco biomas que a Constituição Federal reservou proteção especial, em seu art. 225, § 4º, assim redigido:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (grifei)

A diretriz constitucional é reforçada pela presença de várias unidades de conservação estaduais (Parque Estadual da Serra do Mar, Parque Estadual da Ilhabela, Parque Estadual da Ilha de Anchieta, Área de Proteção Ambiental Marinha do Litoral Norte, Área de Relevante Interesse Ecológico de São Sebastião – CEBIMar-USP) e federal (Estação Ecológica Tupinambás), que ocupam cerca de 80% da base territorial do litoral norte.

Além das unidades de conservação elencadas, temos inúmeras áreas de preservação permanente – APPs, em especial manguezais (art. 3º, XIII, c.c. art. 4º, VII, ambos do Novo Código Florestal, aprovado pela Lei nº 12.651/2012), dos quais destaco o manguezal do Araçá situado ao lado do Porto de São Sebastião e sobre o qual o projeto de ampliação pretende avançar.

A principal atividade econômica do litoral norte é o turismo, que pressupõe praias e paisagens limpas, belas e sustentáveis. Neste ponto, o ambiental se confunde com o econômico e social.

O conjunto de treze megainvestimentos em curso na região e elencados na inicial (fls. 32) pode ser dividido em três grupos: indústria de petróleo e gás; Porto de São Sebastião e Rodovia dos Tamoios. Entre todos os empreendimentos, a ampliação do Porto de São Sebastião é o mais polêmico, pois mais apresenta riscos ao desenvolvimento sustentável protegido constitucionalmente.

Neste contexto, a concessão de uma licença prévia deve ser norteada pelo princípio da prevenção (não correr riscos previstos) e precaução (evitar os riscos imprevistos). Na dúvida, deve-se privilegiar a proteção ao meio ambiente, principalmente considerando que as obras não foram iniciadas e o maior volume de gastos públicos não realizados.

A avaliação de impactos ambientais e o licenciamento ambiental constituem a melhor materialização dos princípios da prevenção e precaução, sendo instrumentos expressos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, III e IV da Lei nº 6.938/81).

Compete ao Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA estabelecer normas e critérios do licenciamento ambiental (art. 8, I da Lei nº 6.938/81), através de resoluções de seu colegiado, entre as quais destaco as resoluções nº 1/86 (critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental); nº 237/97 (licenciamento ambiental); nº 303/02 (Áreas de Preservação Permanente) e nº 428/10 (autorização do órgão responsável da Unidade de Conservação no licenciamento ambiental). A presente decisão passa pela interpretação das referidas resoluções, considerando todo o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente.

Estabelecidos, em abreviada síntese, o contexto fático e jurídico da demanda, passo à análise dos argumentos apresentados pela parte autora em seus cinco tópicos, em nível de cognição condizente com o momento processual de apreciação do pedido de liminar formulado.

Ausência de Estudos de Impactos Cumulativos

Sustentam os autores que o EIA/RIMA apresentado pelo empreendedor deveria ter estudos dos impactos cumulativos e sinérgicos de todos os megaempreendimentos em curso no litoral norte em face da relação de interdependência entre os mesmos.

A seu ver, a obrigatoriedade da análise dos impactos cumulativos e sinérgicos está expressamente prevista na Resolução CONAMA nº 01/86, que regulamenta a avaliação de impacto ambiental, especificamente no seu art. 6º, II, assim redigido:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

(...)

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; *suas propriedades cumulativas e sinérgicas*; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. (grifei)

Em sua manifestação, o IBAMA entende que a norma acima transcrita não obriga o empreendedor a apresentar a análise dos impactos cumulativos e sinérgicos entre os empreendimentos em curso na região, mas sim os impactos a serem gerados apenas pelo empreendimento objeto do licenciamento (fls. 1184/1185).

A referida norma não é precisa utilizando conceitos juridicamente com grande grau de indeterminação, permitindo interpretações diversas quanto a sua extensão.

Mas, trazendo as consequências da interpretação dos autores ao caso presente, chegaremos a uma conclusão desarrazoada. Seria desproporcional exigir de um empreendedor a análise no EIA/RIMA dos efeitos cumulativos e sinérgicos dos doze empreendimentos sob a responsabilidade de diversos outros empreendedores, alguns empreendimentos inclusive com relação tênue com a ampliação do Porto de São Sebastião (vide quadro de fls. 33).

A análise global é importante, mas, na extensão e profundidade reclamada pelos autores, é de competência do Poder Público. A própria Constituição Federal, ao disciplinar a ordem econômica, estabelece a obrigatoriedade de planejamento nas ações do setor público, em seu art. 174:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Não se pode exigir do empreendedor privado função de competência do Poder Público. Tal função envolve inclusive informações de outros empreendimentos privados. Uma exigência em tal proporção, além de não guardar coerência com o texto constitucional, representar óbice que inviabiliza na prática o licenciamento do empreendimento.

Mas no caso presente há empreendimentos, cujos impactos devem necessariamente objeto de análise para fins de licenciamento. No quadro elaborado constante da inicial (fls. 33), no qual

os autores dão nota de um a três à intensidade das relações entre os treze megaempreendimentos no litoral, somente dois deles, a ampliação do Tebar e o contorno sul rodovia dos Tamoios, possuem relação de maior vinculação com a ampliação do Porto de São Sebastião.

O contorno sul da rodovia dos Tamoios, de responsabilidade da DERSA-Desenvolvimento Rodoviário S/A, permitirá o acesso final rodoviário ao porto e, após o devido licenciamento ambiental a cargo da CETESB, já teve sua obra ressentimento iniciada, como é público e notório.

Concentro, por consequência, a análise nas relações com a ampliação do Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR que também se encontra em fase de licenciamento ambiental junto à Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB.

A rigor, deveríamos tratar o empreendimento objeto do licenciamento ora questionado apenas de “Ampliação de *Parte* do Porto de São Sebastião”, porque a ampliação do TEBAR, de responsabilidade da Petrobrás Transportes S/A – Transpetro, ficou de fora. Os impactos cumulativos e sinérgicos dos dois empreendimentos não foram analisados no EIA/RIMA e na concessão da licença-prévia da ampliação do Porto de São Sebastião.

Repito: o TEBAR é um terminal pertencente ao Porto Organizado de São Sebastião, estando vinculado à mesma Autoridade Portuária. Evidente que a sua ampliação gerará impactos cumulativos e sinérgicos no restante do Porto de São Sebastião e vice-versa. Quem da baía olha o Porto de São Sebastião não consegue distingui-lo do TEBAR, pois o segundo é parte integrante do primeiro física e juridicamente.

Voltando à alegoria utilizada no início da presente decisão, a ampliação da edícula (TEBAR) certamente gera grandes impactos na casa principal (Porto de São Sebastião) e vice-versa. Os impactos das duas ampliações devem ser necessariamente analisados conjuntamente. Todo mestre de obra sabe disto.

Em relação à ampliação do TEBAR, empreendimento com previsão de execução no mesmo período, a interpretação dos autores do disposto na Resolução nº 01/86 do CONAMA encaixa-se perfeitamente. Os dois empreendimentos são como irmãos siameses e os respectivos licenciamentos devem considerar reciprocamente os impactos cumulativos e sinérgicos. Apenas, a título de exemplo, o impacto dos dois empreendimentos conjuntamente pode prejudicar sensivelmente o turismo no Município de Ilhabela situado do outro lado do canal de São Sebastião.

Não vejo razão para que empresas do porte da Petrobrás Transportes S/A – Transpetro e da Companhia Docas de São Sebastião não dialogarem e considerarem reciprocamente os respectivos planos de ampliação, mesmo estando os respectivos licenciamentos a cargo de entidades ambientais diversas. Se este diálogo existe, ou existiu, não está materializado no EIA/RIMA ou na licença-prévia questionados.

Em síntese, assiste razão aos autores quando apontam o vício na licença-prévia concedida em face da ausência de análise de impactos cumulativos e sinérgicos entre a ampliação do Porto de São Sebastião e a ampliação do TEBAR.

Este vício, por si só, é suficiente para macular o procedimento de licença ambiental, que, neste particular, precisará ser retificado, começando pela complementação do EIA/RIMA.

Incorreta Definição da Área de Influência e Ausência de Autorização do Órgão Responsável pelas Unidades de Conservação

O segundo argumento tem grande similitude com o primeiro, pois trata também da amplitude do EIA/RIMA. Os autores questionam a definição das áreas de influência direta

e indireta do empreendimento utilizada. A questão envolve a aplicação ao caso concreto do disposto no art. 5º. III, da Resolução CONAMA nº 01/86:

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

(...)

III - *Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;* (grifei)

A principal consequência apontada é a necessidade de autorização do órgão responsável pela administração das unidades de conservação localizadas nas áreas de influência e afetadas pelo empreendimento, nos termos do artigo 36 da Lei 9.985/00, assim redigido:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º *Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.*

§ 3º *Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.* (grifei)

O disposto visa harmonizar os dois instrumentos de proteção ao meio ambiente, o licenciamento ambiental e as unidades de conservação.

Os autores centram seus argumentos na necessidade de autorização prévia do órgão administrador da Estação Ecológica Tupinambás, na forma do art. 36, § 3º da Lei nº Lei 9.985/00, pois a referida unidade de conservação estaria na zona de influência indireta do empreendimento.

No Relatório de Impacto Ambiental, há a definição das áreas de influência direta e indireta (fls. 1145), na qual não é feita a menção da estação ecológica, que, conforme informa o IBAMA, fica a cerca de 35 km do Porto de São Sebastião.

O procedimento da Autorização de Licenciamento Ambiental - ALA, no âmbito do licenciamento ambiental, do órgão responsável pela administração da unidade de conservação é regulamentado pela Resolução nº 428, de 17 de dezembro de 2010, que estabeleceu, por um prazo de 5 anos, a necessidade de autorização quando o empreendimento estiver localizado a 3 km do limite da unidade de conservação ou de sua zona de amortecimento, nos termos de seu art. 1º:

Art. 1º. *O licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental que possam afetar Unidade de Conservação (UC) específica ou sua zona de amortecimento (ZA), assim considerado pelo órgão ambiental licenciador, com fundamento em Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), só poderá ser concedido após autorização do órgão responsável pela administração da UC ou, no caso das Reservas Particulares de Patrimônio Natural (RPPN), pelo órgão responsável pela sua criação.*

§ 1º Para efeitos desta Resolução, entende-se por órgão responsável pela administração da UC, os órgãos executores do Sistema Nacional de Unidade de Conservação-SNUC, conforme definido no inciso III, art. 6º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

§ 2º *Durante o prazo de 5 anos, contados a partir da publicação desta Resolução, o licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental, localizados numa faixa de 3 mil metros a partir do limite da UC, cuja ZA não esteja estabelecida, sujeitar-se-á ao procedimento previsto no caput, com exceção de RPPNs, Áreas de Proteção Ambiental (APAs) e Áreas Urbanas Consolidadas. (grifei)*

A resolução estabeleceu um critério razoável, mas que, diante do caso concreto, pode ser afastado, considerando o espírito da lei, espécie normativa de grau hierárquico superior.

No caso presente, apesar do aumento do movimento de navios estacionados à espera de atracamento no porto, não verifico uma situação fática a justificar um tratamento diverso da regra geral prevista na Resolução CONAMA nº 428, principalmente considerando a grande distancia do empreendimento.

Ademais, a Estação Ecológica de Tupinambás não possui zona de amortecimento aprovada, nem plano de manejo, o que evidencia a falta de definição de sua própria zona de influência. Neste contexto, fica difícil sustentar a necessidade de sua autorização para um empreendimento tão distante.

Neste ponto, não acolho, por ora, a argumentação dos Ministérios Públicos.

Em sua manifestação prévia, o IBAMA mencionou que foram encaminhadas pelo empreendedor as autorizações dos órgãos responsáveis pela administração das unidades de conservação situadas na área de influência, a saber: Parque Estadual da Serra do Mar, Parque Estadual da Ilhabela, Área de Proteção Ambiental Marinha do Litoral Norte e Área de Relevante Interesse Ecológico de São Sebastião.

No entanto, todas as manifestações dos gestores das unidades de conservação juntadas com a inicial foram inconclusivas ou requereram estudos complementares, razão pela qual as autorizações mencionadas pelo IBAMA necessitam ser trazidas aos autos para comprovação, neste ponto, do devido processo legal no licenciamento ambiental questionado.

Ausência de Avaliação dos Planos Governamentais na Região

Os autores também alegam a ausência da análise da compatibilidade do empreendimento com os programas governamentais em curso na área de influência, em especial os planos diretores municipais, o Zoneamento Ecológico Econômico do Litoral Norte (Decreto nº 48.215/04) e o Plano das Bacias Hidrográficas do Litoral Norte. Sustentam novamente a violação da Resolução CONAMA nº 01/86, agora em seu art. 5º, IV, assim redigido:

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

(...)

IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. (grifei)

Em sua manifestação, o IBAMA informa que o Porto de São Sebastião está inserido em “área de urbanização especial” previsto no Plano Diretor, tendo a Prefeitura Municipal de São Sebastião declarado a compatibilidade do empreendimento com as leis municipais de uso e ocupação do solo.

Em relação ao Zoneamento Ecológico Econômico do Litoral Norte, aprovado pelo Decreto Estadual nº 48.215/04, a autarquia ambiental federal, em sua manifestação prévia, esclarece que, nos termos do art. 49, os empreendimentos de utilidade pública não ficam sujeitos à regras do zoneamento.

Artigo 49 - As disposições do presente decreto não se aplicam a empreendimentos de utilidade pública, que permanecerão regidos pela legislação ambiental em vigor.

Quanto ao Plano das Bacias Hidrográficas do Litoral Norte, os autores não apontaram objetivamente na inicial eventual incompatibilidade com o empreendimento licenciado que justifique a concessão de provimento jurisdicional cautelar. A juntada de todo o processo de licenciamento ambiental determinada ao final da presente decisão poderá levar a uma análise mais minudente da compatibilidade.

Em síntese, neste tópico não encontro justificativa para embasar o pedido cautelar.

Ausência de Alternativas Locacionais e Tecnológicas

Neste tópico, os autores questionam a ausência da análise das outras opções de localização do projeto de ampliação, inclusive a possibilidade de não implantação do projeto. Sustentam também a ausência das alternativas tecnológicas, especialmente quanto ao tratamento do manguezal do Araçá. Centram a argumentação na violação da Resolução CONAMA nº 01/86, em seu art. 5º, I, assim expreso:

Artigo 5º O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; (grifei)

Ora, quem conhece o Porto de São Sebastião, sabe que não muito a analisar sobre outras alternativas de expansão, pois está cercado pela cidade, o Tebar, o Araçá e o canal de São Sebastião. Mesmo assim, as alternativas locacionais, inclusive a alternativa de não execução, estão analisadas no RIMA, foram analisadas no EIA/RIMA (fls. 1130/35).

Quanto às alternativas tecnológicas principalmente envolvendo a supressão e intervenção no manguezal do Araçá também foram tratadas no EIA/RIMA. A proposta inicial envolvia o aterramento de toda a Enseada do Araçá e, durante o procedimento de licenciamento, evoluiu-se para a alternativa de construção de uma laje sobre 75% da enseada. As fases 01 e 02 previamente licenciadas já utilizará parte desta última alternativa.

Houve, portanto, a análise das alternativas tecnológicas, mas a compatibilização da al-

ternativa ao final escolhida com o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente será objeto de apreciação no último tópico da argumentação dos autores.

Dano Sério e Irreversível ao Manguezal do Araçá

Neste último tópico, é abordada a intervenção e supressão prevista no empreendimento sobre o manguezal do Araçá, considerado área de preservação permanente – APP por disposição expressa do Novo Código Florestal (art. 4º, VII, da Lei nº 12.651/2012).

O empreendimento, cuja licença ambiental prévia é questionada, prevê, além da supressão de parte da área de proteção permanente, a construção de laje sobre 75% da enseada do Araçá, com a utilização de pilotis que cobrirá o manguezal.

O questionamento dos autores parte de uma interpretação restritiva do dispositivo do art. 8º, § 2º, do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), assim redigido:

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 2º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do caput do art. 4º poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

§ 3º É dispensada a autorização do órgão ambiental competente para a execução, em caráter de urgência, de atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil destinadas à prevenção e mitigação de acidentes em áreas urbanas.

§ 4º Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei. (grifei)

Ao ver do Ministério Público, somente na hipótese prevista no § 2º do art. 8º acima transcrito poder-se-á, excepcionalmente, autorizar a supressão ou intervenção em manguezal, não sendo possível na hipótese de utilidade pública, como é a ampliação do porto (art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012).

Em sua manifestação (fls. 1200), o IBAMA dá interpretação diversa do mesmo dispositivo legal. Na sua visão, o manguezal, enquanto área de preservação ambiental, enquadra-se na regra geral do *caput* do art. 8º e na exceção do § 2º, razão pela qual é viável a sua supressão ou intervenção em face de obras de utilidade pública, como a ampliação do Porto de São Sebastião.

A interpretação do IBAMA é mais condizente com uma leitura sistemática da nossa legislação ambiental. É possível a supressão ou intervenção em vegetação de manguezal em função de obra de utilidade pública, mas sempre em caráter excepcional e mediante compensação ambiental. Interpretação em sentido contrário tornaria a proteção ambiental um valor absoluto em detrimento do desenvolvimento econômico e social e implicaria na inviabilização da grande maioria de obras de infraestrutura no país.

No entanto, mesmo não partindo da mesma interpretação da legislação ambiental como pressuposto, chego à mesma conclusão dos autores pela existência de risco de sério e irreversível dano ao manguezal do Araçá autorizador do provimento cautelar formulado.

Explico. Primeiro, a supressão e intervenção no manguezal é medida excepcional, ou seja, que só poderá ser utilizada após o esgotamento das outras alternativas. Segundo, a intervenção deve se limitar ao mínimo necessário. Terceiro, a medida deve ser acompanhada da devida compensação ambiental, que deve equivaler à degradação ambiental causada, reestabelecendo assim o equilíbrio sustentável.

No caso presente, não há consenso sobre os riscos advindos da supressão e intervenção previstas no empreendimento. A proposta implica construção de laje sobre 75% da enseada do Araçá, com a utilização de pilotis, preservando manguezal mas limitando a iluminação natural. Em síntese, o manguezal vai ficar no escuro.

As fases 01 e 02, objeto da licença prévia ora questionada, já contemplam parte da cobertura do manguezal. A opção da construção da laje possivelmente será irreversível na sequência da ampliação.

Na parte final do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, o empreendedor de forma didática lista as perguntas e respectivas respostas mais frequentes e importantes do licenciamento. Na pergunta nº 24 (fls. 1160) aborda diretamente a construção das lajes sobre o Araçá e suas consequências, nos seguintes termos:

24. O MÉTODO CONSTRUTIVO PREVÊ LAJES SOBRE ESTACAS. A FALTA DE LUZ NÃO SERÁ PREJUDICIAL À FAUNA AQUÁTICA?

Não. As análises técnicas do EIA indicam que esse impacto será de pequena magnitude. Por outro lado, as estacas de sustentação terão um efeito positivo para a fixação e refúgio de diversos organismos podendo, inclusive, ocorrer um aumento da biodiversidade local a médio e longo prazo.

Creio ser um exagero afirmar que a falta de luz provocada pela laje que cobrirá o manguezal represente, mesmo que a médio prazo, um aumento de biodiversidade do ecossistema.

Por outro lado, os autores juntam manifestações da comunidade científica questionadoras dos efeitos nocivos da solução apresentada que comprometeria a função ambiental do manguezal, principalmente considerando a cobertura ou sombreamento da área de preservação permanente. As manifestações do professor Alexander Turra do Departamento de Oceanografia Biológica do Instituto Oceanográfico da USP (fls. 1108 e 1111) sintetizam bem a posição da comunidade científica neste sentido.

Tamanha é a singularidade do Manguezal do Araçá em termos de biodiversidade que a Universidade de São Paulo – USP mantém nas proximidades o seu Centro de Biologia Marinha - CEBIMar-USP e pesquisadores de várias universidades estão integrados em projeto patrocinado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP que visa o estudo aprofundado do ecossistema ali presente (fls. 1005).

As manifestações da comunidade científica levam, no mínimo, a configuração de séria dúvida sobre se a alternativa do projeto de cobertura do manguezal é a mais adequada. Neste contexto, em caso de dúvida, deve imperar, nos termos do princípio da precaução, a proteção do meio ambiente, principalmente considerando a singularidade do ecossistema.

Ademais, qualquer intervenção deve ser medida excepcional e vir acompanhada de medida compensatória proporcional ao dano ambiental causado. No caso, a licença prévia não especificou a medida compensatória a ser adotada, impedindo a mensuração da sua equivalência ao dano causado.

Neste cenário, diante do real risco da adoção de intervenção comprometedor de um ecossistema tão sensível e protegido, deve prevalecer, em juízo cautelar, o princípio da precaução.

Conclusão

Nem todos os argumentos lançados pelos autores contribuem para a formação da fumaça do bom direito, mas a falta de análise dos impactos cumulativos e sinérgicos entre o empreendimento objeto de licenciamento e a ampliação do Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR, a falta de comprovação da Autorização de Licenciamento Ambiental - ALA das unidades de conservação afetadas e o risco de dano irreversível ao manguezal do Araçá são suficientes configurar o requisito autorizador do provimento cautelar.

Presente também o perigo da demora, pois o início das obras pode representar dano irreparável ao meio ambiente, além o risco de desperdício de recursos públicos.

Diante do exposto, *defiro o pedido de liminar* para suspender os efeitos da licença prévia nº. 477/13 emitida pelo IBAMA das denominadas fases 01 e 02 do Projeto Integrado Porto Cidade, mais conhecido como ampliação do Porto de São Sebastião, determinando que os réus procedam:

a-) a retificação do EIA/RIMA com a análise dos impactos cumulativos e sinérgicos entre o empreendimento objeto de licenciamento e a ampliação do Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR, objeto de licenciamento ambiental pela CETESB, com a análise objetiva da compatibilidade dos dois projetos;

b-) a apresentação da Autorização de Licenciamento Ambiental - ALA prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº Lei 9.985/00 das unidades de conservação diretamente afetadas pelo empreendimento (Parque Estadual da Serra do Mar, Parque Estadual da Ilhabela, Área de Proteção Ambiental Marinha do Litoral Norte e Área de Relevante Interesse Ecológico de São Sebastião);

c-) a apresentação de alternativas menos impactantes em relação ao manguezal do Araçá, com a devida justificativa técnico-científica.

Considerando a complexidade da obra e o respectivo licenciamento ambiental, importante criar o espaço institucional necessário ao entendimento entre as partes. A autocomposição apresenta-se como a forma mais célere da solução do conflito apresentado.

Com este objetivo, fica, desde já, designada *audiência preliminar de conciliação a ser realizada no dia 12 de agosto próximo às 13.00 hs.* nas dependências da Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião, na Av. Dr. Altino Arantes nº 544, Centro, São Sebastião, em frente ao Porto de São Sebastião.

A realização da audiência em local diverso da sede da Subseção Judiciária tem como objetivo permitir inclusive a visita das partes e seus representantes ao Porto de São Sebastião, utilizando-se a estrutura da Autoridade Marítima.

Na audiência preliminar de conciliação ora designada, as partes deverão comparecer acompanhadas de seus representantes legais, podendo cada uma contar com a participação de um técnico. As partes ficam já cientes da possibilidade de visita às dependências do Porto de São Sebastião.

A realização de audiência preliminar de conciliação antes do transcurso do prazo de resposta dos réus não representa prejuízo ao contraditório e ampla defesa constitucionalmente assegurados.

Intime-se também o IBAMA para juntar, no prazo de resposta dos réus, cópia integral do processo de licenciamento ambiental.

Oficie-se à CETESB para que proceda à juntada do procedimento de licenciamento ambiental da Ampliação do Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR de responsabilidade da Petrobrás Transportes S/A – Transpetro.

Dê-se ciência, por ofício, da presente decisão à Petrobrás Transportes S/A – Transpetro.

Citem-se. Intimem-se.

Caraguatatuba, 11 de julho de 2014.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0016764-63.2014.4.03.6301

Autora: CLAUDINEIA XAVIER DE OLIVEIRA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO – SP

Juiz Federal: ROGÉRIO VOLPATTI POLEZZE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2014

Parte autora requer concessão de benefício por incapacidade de trabalhar, com pagamento de atrasados.

Passo a decidir.

No mérito, parte autora tem razão *parcial*.

Para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, necessário observar os respectivos requisitos legais, constante do artigo 42 da Lei nº 8.213/91:

Art. 42. A *aposentadoria por invalidez*, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, *será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência*, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. (destacou-se)

Por sua vez, do art. 59, Lei nº 8.213/91, vê-se que a incapacidade para o trabalho habitual bastaria à concessão do auxílio-doença.

Por último, o auxílio acidente vem previsto no artigo 86 da Lei nº 8.213/91:

O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia).

A propósito dos três benefícios, acompanho entendimento no sentido de que a pretensão inicial diz respeito a benefício por incapacidade, o que engloba aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente. No sentido da alegada fungibilidade entre benefícios de incapacidade:

PREVIDENCIÁRIO - PRELIMINAR - JULGAMENTO “EXTRA PETITA” - REJEIÇÃO - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - AUXÍLIO-DOENÇA - REQUISITOS - PREENCHIMENTO --IMPLANTAÇÃO IMEDIATA.

I - *Não importa em julgamento “extra-petita” a concessão de auxílio-doença ao invés de aposentadoria por invalidez, uma vez comprovada a incapacidade laboral total e temporária da autora.*

II- Remessa oficial tida por interposta (Lei nº 9.469/97).

III-Tendo em vista a patologia apresentada pela autora, não há como se deixar de reconhecer que é inviável o retorno, por ora, ao exercício de sua atividade habitual, sendo-lhe devido o benefício de auxílio-doença nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

IV- Preenchidos os requisitos no tocante ao cumprimento da carência, bem como quanto à qualidade de segurada da autora.

V- O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o “caput” do artigo 461 do CPC.
VI- Preliminar argüida pelo réu rejeitada. Apelação do réu e Remessa Oficial tida por interposta improvidas.

(TRF3, Décima Turma, APELAÇÃO CÍVEL - 1169264/SP, Rel. JUIZ SERGIO NASCIMENTO, DJU 05/09/2007, destacou-se)

É que, diante de qualquer grau de incapacidade, desde que procurado o INSS, a autarquia deverá constatar a limitação laborativa, experimentada pelo segurado, e adequá-la aos benefícios previdenciários.

Feitas tais considerações, verifico estar constatada incapacidade própria do benefício de auxílio-acidente: parcial e permanente. Contudo, o art. 18, Lei nº 8.213/91, prevê o que segue:

§ 1º. Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, VI e VII do art. 11 desta Lei.

Ou seja, não contempla os segurados previstos no inciso II do art. 11:

como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos.

Tal disposição, ainda que despertasse discordância/estranhamento, por sinalizar evidente desigualdade no tratamento entre empregados domésticos e os demais, vem confirmada jurisprudencialmente. A título de exemplo:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. DOENÇA PROFISSIONAL. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DA AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA E DE NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 86 da Lei 8.213/91, para que seja concedido o auxílio-acidente, necessário que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1o. da Lei 8.213/91), tenha redução na sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza.

2. Por sua vez, o art. 20, I da Lei 8.213/91 considera como acidente do trabalho a doença profissional, proveniente do exercício do trabalho peculiar à determinada atividade, enquadrando-se, nesse caso, as lesões decorrentes de esforços repetitivos.

3. As instâncias ordinárias, com base na prova pericial produzida em juízo, julgaram improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente com base na conclusão de que a seqüela que acomete a segurada não acarreta prejuízo laboral considerável.

4. Além disso, a alteração dessa conclusão, na forma pretendida, demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

5. Agravo Regimental desprovido.

(STJ, PRIMEIRA TURMA, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 108381, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 17/09/2012)

Ocorre, entretanto, que, por meio da Emenda Constitucional nº 72/2013, a distinção no tratamento para os empregados domésticos - previsto nos termos originais do parágrafo único do art. 7, Constituição Federal (CF) - foi abolida. O mencionado parágrafo único recebe, nos dias atuais, a seguinte redação:

São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Chama atenção, agora, que o doméstico, também, vem contemplado na proteção em razão de acidente de trabalho, sendo expresso seu direito ao inciso XXVIII, do art. 7, CF (antes, afastado dos direitos dos domésticos):

seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Ora, diante da clareza da EC nº 72/2013 - cuja finalidade mencionava “Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais” -, mais ainda, considerando inclusão no patrimônio jurídico do doméstico de proteção, inclusive, em face de acidentes de trabalho, como, então, querer perpetuar exceção meramente legal, constante da Lei nº 8.213/91, sem qualquer subsídio constitucional?

Entendo que não resta possível, diante de, volto a afirmar, equiparação plena nos direitos de quaisquer empregados (domésticos, ou não), no Brasil, inclusive, como manutenção de previsão geral de sua integração à previdência social. Ou seja, concluo que, desde a modificação pela EC nº 72/2013, perdeu-se fundamento de validade da distinção sobre auxílio-acidente aos segurados empregados domésticos. E, desde sua publicação, ou seja, 03/04/2013, tal distinção não é mais legítima, nos estritos termos constitucionais vigentes no Brasil.

No contexto, diante de acidente em 24/12/2011, com recebimento de auxílio-doença até 25/11/2013, resta indubitoso o direito da autora ao recebimento de auxílio-acidente, desde 26/11/2013.

Atendido o art. 4, Lei nº 10.259/01, observando a norma de regência do benefício pedido (art. 86, Lei nº 8.213/91), *concedo tutela de urgência à parte autora, de forma a determinar que o INSS implante benefício de auxílio-acidente em seu favor no prazo de 20 (vinte) dias.*

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, determinando ao INSS a concessão do benefício de auxílio-acidente, em favor da parte autora, a partir de 26/11/2013.

Por conseguinte, analiso o mérito (artigo 269, inciso I, do CPC).

Desde logo, intime-se com brevidade a autarquia para cumprimento da tutela de urgência concedida. O INSS deverá comprovar nestes autos cumprimento da tutela de urgência.

O Instituto Nacional do Seguro Social deverá iniciar o pagamento do benefício (DIP) no dia 1º do corrente mês.

Após o trânsito em julgado, com a informação do cumprimento da tutela de urgência (e, portanto, valores da RMI e RMA), remetam-se os autos para contadoria, para apuração dos atrasados, vencidos desde a data de início do benefício (DIB) até a DIP, respeitada a prescrição quinquenal, com atualização monetária e juros nos termos da Resolução 134/10, do CJE, para o fim de expedição de RPV ou Precatório.

No cálculo dos atrasados, deverão ser desconsiderados eventuais outros benefícios percebidos pela parte autora. Não poderão ser descontadas remunerações posteriores ao início da incapacidade, considerando os termos da Súmula 72 da TNU:

É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou.

Sem custas e honorários advocatícios, a teor do art. 1º da Lei nº 10.259/01 c.c. o art. 55, *caput* da Lei nº 9.099/95.

Concedo os benefícios da assistência judiciária gratuita à parte autora.

Fica a parte autora intimada que, se desejar recorrer, seu prazo é de 10 (dez) dias a contar desta data, e de que deverá constituir advogado ou procurar a Defensoria Pública da União, situada à Rua Fernando Albuquerque nº155, São Paulo/SP, tel. (11) 3231-0866/0885.

P.R.I.

Juiz Federal ROGERIO VOLPATTI POLEZZE



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no DIário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA N° 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU n° 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA N° 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC n° 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA N° 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag n° 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA N° 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS n° 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA N° 13

O artigo 201, parágrafo 6°, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU n° 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA N° 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU n° 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA N° 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA N° 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei n° 2.288/1986.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA N° 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA N° 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto n° 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA N° 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA N° 20

A regra do parágrafo 3° do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU n° 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA N° 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei n° 2.288/86.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA N° 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3° do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA N° 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA N° 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA N° 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula n° 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA N° 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA N° 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA N° 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar n° 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP n° 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis n° 2.445/88 e n° 2.449/88 pela Resolução n° 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA N° 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 n° 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA N° 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 n° 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA N° 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 n° 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA N° 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 3° do Código de Processo Penal.

SÚMULA N° 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3° do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA N° 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 n° 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei n° 9.613/98).

SÚMULA N° 35

Os efeitos penais do artigo 9°, da Lei n° 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1532